BIBLIOTHECA
ELECTORALIS
MONACENSIS.
Ch. Wink. del.
Söckler sc. 1779.

<36601525020019

<36601525020019

Bayer. Staatsbibliothek

Jus. 2396. d.

Decis

66—1

Merkwürdige

Rechtssprüche

der

Hallischen Juristen-Facultät.

Herausgegeben

von

D. Ernst Ferdinand Klein,

Königl. Preußischem geheimen Justiz- und Cammergerichts-Rath, Director der Universität und Vorsteher der Juristen-Facultät zu Halle, Mitglied der Academie der Wissenschaften zu Berlin.

Erster Band.

Berlin und Stettin,
bey Friedrich Nicolai.
1796.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Der Zweck, zu welchem Rechtsfälle gesammlet werden, ist entweder die Merkwürdigkeit der Rechtsfrage, oder das Faktum, welches bei der Entscheidung zum Grunde liegt.

Nimmt man auf die Rechtsfrage Rücksicht, so will man entweder nur wissen: wie pflegt die Frage entschieden zu werden? oder

es ist dem Leser hauptsächlich um das War-
um zu thun. Auch die bloße Beantwortung
der erstern Frage kann verdienstlich seyn.
Die meisten in das Civilrecht einschlagenden
Rechtsfragen sind von der Art, daß das
Uebel, welches aus der Ungewißheit des
Rechts entsteht, größer ist, als dasjenige,
welches aus der schlechtesten, aber hinläng-
lich bestimmten Entscheidung des Gesetzgebers
erwachsen würde. Daher meine Ehrfurcht
gegen den Gerichtsbrauch, wenn sich nur
der Theoretiker dadurch nicht abhalten läßt,
den wahren Sinn des Gesetzes zu erforschen,
damit nicht ein Irrthum den andern erzeuge.
Besser ist es daher immer, wenn das War-
um eben so befriedigend als das Wie beant-
wortet wird. Es fehlt jedoch nicht an Fäl-

len,

len, wo die Ausführung weiter nichts als bekannte Gründe enthalten kann, und solche Fälle können nur wegen der Form des Vortrags, oder zur Bestimmung des Gerichtsbrauchs, Bekanntmachung verdienen.

Das Faktum kann theils in juristischer, theils in anderer, z. B. in psychologischer Rücksicht merkwürdig seyn. Juristisch merkwürdig ist der Fall in facto, wenn es der Urtheilskraft schwer ist, den Satz zu finden, unter welchen das Besondere des Falles sumirt werden soll. Hier ist weder ein an sich streitiger Rechtssatz, noch eine streitige Thatsache vorhanden; hier hilft weder gute Theorie, noch sorgfältige Erforschung aller Thatumstände; hier wird ein Talent erfordert, welches zwar nur die Natur geben,

aber doch eine fleißige Uebung ausbilden kann. Diese Uebung erlangt man durch die Betrachtung solcher schwierigen Fälle, und also auch durch das Lesen rechtlicher Erkenntnisse, wenn sie soviel von der Geschichte des Falles enthalten, als zur Beurtheilung desselben nöthig ist. Daher können die Entscheidungsgründe ohne die Geschichtserzählungen nur als Abhandlungen, nicht als eigentliche Rechtsfälle nützen, und dieses ist auch die Ursache, weswegen ich sie nur da weggelassen habe, wo es allein auf die rechtliche Ausführung ankam, diese aber ohne eine ausführliche Geschichtserzählung verstanden werden konnte.

Wären die Rechtsfälle, wobei es weder auf Entscheidung eines Rechts, noch einer faktischen Frage, sondern allein auf die Anwen-

wendung des Gesetzes auf den vorliegenden Fall ankommt, anziehender, als sie meistentheils zu seyn pflegen, so würde ich mich lediglich auf diese eingeschränkt haben. Weil ich aber besorgen mußte, daß man theils die Nützlichkeit dieser Rechtsfälle verkennen, theils sie nicht merkwürdig oder anziehend genug finden möchte, so habe ich bei der getroffenen Auswahl zugleich auf die Merkwürdigkeit der dabei zur Entscheidung kommenden Rechtsfragen, oder auch auf die unjuristische Merkwürdigkeit des Faktums Rücksicht genommen. Denn wenn die Begebenheit auch nur in anderer Betrachtung, wie bei dem 17ten Falle, merkwürdig ist, so fesselt sie die Aufmerksamkeit des Lesers nicht nur für diesen, sondern auch für die andern Fälle, und

gewährt dem praktischen Rechtsgelehrten eine mit seiner Hauptbeschäfftigung in Verbindung stehende nützliche Erholung.

Ich glaube nun den Gesichtspunct, welchen ich bei der getroffenen Auswahl genommen habe, hinlänglich angegeben zu haben, und bemerke nur noch, daß die in diesem Bande enthaltenen Rechtsfälle theils von dem Herrn Professor Woltär, theils von mir ausgearbeitet sind. Zu Ostern 1797 hoffen wir den zweyten Band liefern zu können.

Halle, den 17ten März 1796.

Ernst Ferdinand Klein.

Inhalt.

Inhalt.

I. Gewaltthätigkeiten, welche von den Einwohnern des Churfürstlich-Maynzischen Dorfes Rottleben in dem Herzoglich-Gothaischen Orte Grabsleben ausgeübt worden. S. 3

II. 1) Die Wechselstrenge ist zum Vortheil des Gläubigers eingeführt, und es kann daher der Buchstabe des Gesetzes in der Regel nur zum Vortheil des Gläubigers, und nicht des Schuldners, angewendet werden.

2) Die von der Ehefrau gemeinschaftlich mit dem Ehemanne vorgenommene Prolongation eines von dem Ehemanne allein ausgestellten Wechselbriefs ist nach Braunschweigschen Landesgesetzen einem von der Ehefrau ausgestellten Wechsel gleich zu achten. — 32

III. In wie fern nichtbeobachtete Förmlichkeiten, besonders die unterlassene Vorladung des Gegentheils, um zu sehen, wie der Zeuge vereidet werde, die Nichtigkeit nach sich ziehen. S. 36

IV. 1) Nützlichkeit des ganzen Lebenslaufs eines Inquisiten.

2) Warum zuweilen, wenn auf Zuchthausstrafe erkannt worden, die Züchtigung nur am Anfange und nicht am Ende der Strafzeit erfolgen sollte.

3) Wie gegen gefährliche Verbrecher, welche aber des Hauptverbrechens nicht überführt sind, zu verfahren sey.

4) Besonders merkwürdige Art der einstweiligen Freysprechung. — 41

V. Wer auf seinem gewöhnlichen Wege zwar die Zollstraße, aber nicht die Zollstätte berührt, ist zum Zolle auch nicht verpflichtet. — 55

VI. 1) In wie fern ein den Kindern bestimmtes Vermächtniß, wenn diese den Anfall nicht erleben, an deren Kinder falle.

2) In wie fern das richterliche Amt bei Fehlbitten eintrete. — 56

VII. Erkenntniß in Sachen des Pastor Oberfeld gegen den seiner Mutter in ihrem Concurswesen bestellten Contradictor, wegen eines seiner Mutter in dem vorhergehenden Concurse seines Vaters angeblich ihres Vortheils wegen zum Schein ausgestellten Schuldscheins über 80 Rthl., deren Empfang er aber leugnete. — 63

VIII. Kann aus einem Gesetze executivisch geklagt werden? — 68

IX. Der von dem Schneidermeister Eberius zu Dessau an dem Scharfrichtersohn Hoffmann verübte Todtschlag. S. 71

X. Gutachten der theologischen und juristischen Facultät zu Halle über das landesherrliche Dispensationsrecht bei Ehen zwischen dem Stiefvater und der Stieftochter. — 82

XI. In wie fern ein Eheweib, welches das von ihrem Ehemanne ohne ihr Vorwissen entwendete Gut wissentlich verzehren hilft, zu bestrafen sey. — 89

XII. Ueber die rechtliche Wirkung der wechselseitigen Testamente. — 97

XIII. Scheidung des Pfarrers G** von seiner Ehefrau. — 104

XIV. Erkenntniß gegen den Grenadier Bielau und dessen Eheweib, wegen Verdachts einer Theilnahme an dem auf dem Herzoglichen Residenzschlosse zu Gotha verübten Diebstahle. — 111

XV. Das auf einen gewissen Preiß bestimmte Wiederkaufsrecht schließt auch im Falle des Concurses die Subhastation aus; welchem Satze auch die Schweinfurthschen Stadtrechte nicht entgegenstehen. — 128

XVI. Ueber die wesentliche Form des Criminalprocesses. — 136

XVII. Daß die in den römischen Gesetzen nach der Novell. 134. c. 10. auf den Ehebruch gesetzte Todesstrafe, welche auch der art. 120. der P. G. O. zu bestättigen scheint, nicht mehr stattfinde. — 144

XVIII. In wie fern eine förmliche Denunciation nöthig sey, um die freye Verfügung des Debitoris cessi über die cedirte Forderung zu hindern. S. 147

XIX. In wie fern der gegenwärtige Besitzstand in Streitigkeiten mit dem Fiscus in Betrachtung komme. — 148

XX. Von den rechtlichen Folgen bedingter Licitationen auf ein zur Concursmasse gehöriges Grundstück, und in wie fern eine Gewährsleistung von Seiten des Licitanten gefordert werden könne. — 157

XXI. Von der Pflicht des Richters bei Verstattung der Fristen, und besonders von den Wirkungen einer vorbehaltenen Frist zur Einreichung des Gegenbeweises. — 163

XXII. 1) In wie fern eine von der vormundschaftlichen Obrigkeit versagte Ertheilung des Trauscheins zur anderweitigen Verheirathung als Zwang zu den den Kindern erster Ehe bewilligten Vortheilen betrachtet werden könne.

2) Von der Wirkung eines Vergleichs, wodurch mehr eingeräumt worden, als ohne den Vergleich hätte gefordert werden können.

3) Von dem Widerruf der Schenkung wegen Verletzung am Pflichttheile. — 167

XXIII. In wie fern der Vater einer gerichtlich zum Besten der Kinder erster Ehe von ihm gemachten Bedingung entgegenhandeln könne. — 175

XXIV. Protestantische Ehescheidungssache. — 181

XXV. Von den Folgen eines mangelhaften Verlassenschafts-Verzeichnisses. — 186

XXVI. In wie fern Corporationen bei veränderter Verfassung die nach dem Alter bestimmten Vorzüge ferner genießen können. S. 190
XXVII. Es lebe die Gänse-Freyheit! — 193
XXVIII. In wie fern die rechtliche Vermuthung, ein während der Ehe gebohrnes Kind habe den Ehemann zum Vater, den Beweis des Gegentheils zulasse. — 214
XXIX. Todtschlag im Tumulte. — In welchen Fällen die Tortur unstatthaft sey. — 223
XXX. Was unter dem Worte Mobilien zu verstehen sey, wenn es in Aufsätzen von und für Personen, die keine Rechtsgelehrte sind, gebraucht wird. — 235
XXXI. Daß die Zahlung des Kaufgeldes vom Käufer am Wohnorte des Verkäufers zur Zeit des geschlossenen Verkaufs geschehen müsse. — 240
XXXII. Daß nach gemeinem Rechte die Einreichung eines Inventarii von Seiten des Vaters, ehe er zur zweiten Ehe schreitet, zu der Auseinandersetzung mit seinen Kindern nicht erforderlich sey. — 244
XXXIII. Ob dem Pflichttheile im Voraus gültig entsagt werden könne. — 247
XXXIV. 1) Nachtheil der unterbliebenen Leichenöffnung.
2) Daß der Defensor die Vertheidigung nicht blos aus den Acten führen, sondern sich auch mit dem Inquisiten unterreden müsse. — 252
XXXV. Erläuterung der Theorie vom gefährlichen Diebstahl. — 259

XXXVI. 1) In welchen Münzsorten sind die selten wiederkommenden öffentlichen Lasten zu entrichten.
2) Ueber die rechtliche Wirkung einer besonders merkwürdigen Quitung. S. 266

XXXVII. Eine lange dem Amtsvorfahren gleichförmig ausgezahlte Gehaltszulage ist im Mangel näherer Bestimmungen als ein Theil des Gehalts anzusehen, worauf der Nachfolger berufen wird, wofern nicht erhellt, daß die Zulage als ein von der Willkühr des Zahlenden abhängiges Geschenk gegeben worden. — 278

XXXVIII. Ueber das Mühlenrecht. — 280

XXXIX. 1) Der Reichsabschied von 1654. hat keine doppelte, und also keine neue Art der Nichtigkeitsquerel wider Erkenntnisse eingeführet.
2) Er hat auch zur Begründung dieses Rechtsmittels keinen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten gemacht, sondern
3) dieser Unterschied ist eine von den Gesetzen nie gebilligte Erfindung der Praktiker des funfzehnten Jahrhunderts, welche
4) die im gemeinen Rechte bestimmte dreyßigjährige Verjährungszeit dieses Rechtsmittels, wenige Fälle ausgenommen, auf zehn Tage zu verkürzen, die Reichsgesetzgeber bewogen hat. Sie kann daher
5) gegen ein Erkenntniß angestellet werden, das contra jus in thesi gesprochen worden; dergleichen auch
6) ein

6) ein solches ist, das dem den Beweis der natürlichen Freyheit auflegt, dem dessen Gegner derselben Besitz zugestanden hat. S. 285

XL. 1) Die Gränzklage setzt allemal voraus, daß vormals richtige Gränzen vorhanden gewesen.
2) Wenn bei einer Gränzklage der Kläger den Gränzzug nicht bestimmt so angiebt, wie er und sein Gegner solchen behauptet, ist die Klage wegen ihrer Undeutlichkeit als unstatthaft von Amtswegen zu verwerfen. — 308

XLI. 1) Gegen die Gerichtsobrigkeit, ob sie schon Obervormünderin ist, findet keine accusatio tutoris suspecti statt.
2) Der nächste Grad der Verwandtschaft reicht nicht zur Legitimation eines gesetzlichen Vormundes hin.
3) Namens unmündiger Descendenten haben Adscendenten kein mandatum praesumtum. — 314

XLII. Beispiel einer blos scheinbaren Verwandlung schuldiger Frohndienste. — 338

XLIII. 1) Wer einem recipirten Advocaten die Betreibung seiner Rechtssache übergeben hat, muß nach deutschem Gerichtsbrauch gegen die Nothfristen in den vorigen Stand gesetzt werden, welche der Anwald versäumet hat.
2) Die Bestimmung des generis actionis ex jure et facto lehret den Richter, wie und was er erkennen müsse. — 345

XLIV.

XLIV. Gegen eine auf ordnungsmäßig ergangene nothwendige Subhastation erfolgte gerichtliche Adjudication findet Remedium L. 2. C. 2. de resc. E. V. nicht statt. Es kann auch der Kläger nicht einmal zum Beweise seiner vorgeschützten Verletzung unter der Hälfte zugelassen werden, wenn er sich gleich dazu erboten hätte. S. 362

Rechts=

Rechtssprüche

der

Hallischen Juristen-Facultät.

I.

Gewaltthätigkeiten, welche von den Einwohnern des Churfürstlich-Maynzischen Dorfes Nottleben in dem Herzoglich-Gothaischen Orte Grabsleben ausgeübt worden.

An die Churfürstl. Maynzische und Herzoglich Gothaische aemeinschaftliche Commission.

Als die Herren uns die wegen Jagdexcesses und sonstigen Unfugs, welchen mehrere Einwohner des Churfürstlich-Maynzischen Dorfes Nottleben in dem Herzogl. Gothaischen Orte Grabsleben und dessen Flur ausgeübt haben, gemeinschaftlich mit dem Churfürstlich-Maynzischen Amte Alach wider die vorgedachten Churfürstlich-Maynzischen Unterthanen, Dietrich Ernst Pabst und Consorten, geführten Untersuchungs-Acten zugesendet, und sich des Rechten darüber zu berichten verlanget ꝛc.

Daß Dietrich Ernst Pabst und Johann Jacob Marggraf, wegen verursachten Tumults und gewaltsamer Befreyung der Arrestaten, jeder mit einer einjährigen Zuchthausstrafe, nebst einer ihrer Leibesbeschaffenheit angemessenen mäßigen Züchtigung bey Anfang und Ende der Strafzeit; Johann Heinrich Bieser ebenfalls mit einjähriger Zuchthausarbeit, nebst einer harten, jedoch seiner Leibesbeschaffenheit angemessenen Züchtigung am Anfang und Ende der Strafzeit; Heinrich Christoph Rudolph mit einer viermonathlichen, und Hans Elias Rudolph mit einer zweymonathlichen Zuchthausarbeit, jedoch ersterer nebst einer gelinden Züchtigung am Anfang und Ende der Strafzeit, letzterer aber ohne dieselbe; Dietrich Ernst Sparrenberg und Caspar Eberhardt jeder mit einer zweymonathlichen Zuchthausarbeit, ersterer ohne, und letzterer nebst einer mäßigen Züchtigung am Anfang und Ende der Strafzeit; Lorenz Michael Sparrenberg mit einer dreymonathlichen Zuchthausarbeit, jedoch ohne dergleichen Züchtigung; Michael Christoph Pabst mit achttägiger, Georg Wilhelm Leonhardt mit vierwöchentlicher, und Jonas Sparrenberg mit einer achttägigen Gefängnißstrafe, und zwar jeder die ersten und letzten zwey Tage bey Wasser und Brodt, zu belegen. Gegen Michael Ernst Brühl, Georg Friedrich Adlung, Hans Nicol Nährlich, und Adolph Offhausen wird die Untersuchung so lange, bis sich mehrere Anzeigen gegen sie ergeben, sistirt. Sämtliche vorher genannte Inculpaten tragen die Untersuchungs-, Urthels- und Transmissionskosten pro rata, und eventualiter, wenn sich bey einem oder dem andern ein Ausfall ereignen sollte, in solidum. Eben dieses findet, jedoch mit Ausnahme des Michael Christoph Pabst und George Wilhelm

Leon-

Leonhardt, als welche dazu nichts benzutragen haben, auch in Ansehung der von den Jagdbedienten geforderten Schäden, Curkosten und Schmerzengelder Statt. Dem Jäger Hempel werden 10 Rthl. Schmerzengelder und 23 Rthlr. 15 Gr. an verlohrnen Schießgeldern, und dem Jägerburschen Grothe werden ebenfalls 5 Rthlr. Schmerzengelder zugebilliget. Auch sollen ihm die geforderten 23 Rthlr. 15 Gr. ebenfalls vergütet werden, wenn er zuvor die Dauer seiner Versäumniß näher nachgewiesen haben wird. Die Schadenforderung des Forstlaufers Pfeiffer wird mit Einschluß der Schmerzengelder auf 10 Rthlr. festgesetzt. Es sind aber auch die Herzoglichen Jägerbursche Hempel und Grothe, wegen des an den Arrestaten verübten Frevels, mit achttägigem Gefängniß, die ersten und letzten zwey Tage bey Wasser und Brodt zu bestrafen. V. R. W.

Geschichtserzählung und Gründe.

Es war am 21sten December 1793, als der Herzoglich-Gothaische Hofjäger Schröder dem Jägerburschen Carl Ludwig Grothe und dem Ludwig Hempel nebst dem Holzhauer Pfeifer Befehl ertheilte, in die Gegend der Nottleber und Gonnstädter Gränze zu gehen, und die Wilddiebereyen der Nottleber Einwohner zu hintertreiben. An eben diesem Tage hatten ohngefähr nach 5 Uhr des Abends die Einwohner des Churfürstl. Maynzischen Dorfes Nottleben, Jonas Sparrenberg, Dietrich Ernst Pabst, George Wilhelm Leonhardt, und Michael Christoph Pabst, sich mit geladenem Gewehr in dem Herzogl. Gothaischen Jagdrevier in der vorher beschriebenen Gegend von den vorgedach-

ten Jagdbedienten betreffen lassen. Die beiden erstern, nemlich Jonas Sparrenberg und Dietrich Ernst Pabst, wurden ergriffen, und unter dem Vorwand eines zu treffenden Abkommens nach Grabsleben in die Schenke gebracht, aber dort in Verhaft genommen. Die beiden letztern entkamen, wobey zu bemerken ist, daß geständlich der Johann Wilhelm Leonhardt einen Haasen geschossen hatte, die übrigen aber noch kein Wild erlegt oder gefangen haben wollen. Die Nachricht von der Verhaftnehmung der beiden Nottleber Einwohner wurde theils durch die Entkommenen, theils durch den Gothaischen Unterthan, Andreas Offhausen, nach Nottleben gebracht. Auf Veranlassung der Ehefrau und des Sohnes des in Verhaft genommenen Pabstes verfügten sich Johann Lorenz Brand, George Wilhelm Leonhardt, Jacob Marggraf und Heinrich Bieser nach Grabsleben, um, wo möglich, die Befreyung der verhafteten Nottleber zu bewirken. Sie kamen ohne Erfolg zurück, machten sich, mit Ausnahme des Brand und in Begleitung einer viel größern Anzahl von Nottlebern von neuem auf den Weg, und als sie in die Grabsleber Schenke eingetreten waren, entstand ein Handgemenge zwischen ihnen und den vorgedachten Jagdbedienten, bey Gelegenheit dessen die Verhafteten entflohen, statt deren aber zwey andere Nottleber, die Gebrüder Rudolph, welche sich bey gedachtem Handgemenge in der Schenkstube verspätet hatten, in Verhaft genommen wurden. Weil nun die oftmals erwähnten Jagdbedienten bey dieser Begebenheit Stöße und Schläge erhalten, und besonders der Jägerbursche Ludwig Hempel 2 Hiebwunden, wovon die eine mit der Schneide, die andere aber mit dem Rücken seines eigenen von den Nottlebern mitgenom-

nommenen Hirſchfängers herzurühren ſcheint, davon getragen hatte, auch aus dem ganzen Hergange der Sache eine dringende Vermuthung entſtand, daß von Seiten der Nottleber die gewaltſame Befreyung der Verhafteten beabſichtiget worden; ſo wurde dem Churfürſtl. Maynziſchen Amte Alach und dem Herzogl. Amte Gotha von beiderſeitigen Landesregierungen die gemeinſchaftliche Unterſuchung dieſes Unfugs aufgetragen.

Die Unterſuchung iſt zwar ſummariſch, aber mit Sorgfalt geführt, auch das ganze Verfahren, nach abgeſtattetem Bericht mit Einſendung der Acten, von Seiten einer Hochfürſtl. Gothaiſchen Regierung genehmiget worden.

Die Sache ſelbſt betreffend, ſind vier Hauptpuncte zu unterſcheiden, nemlich das Jagdvergehen, der erſte und letzte Zug der Nottleber Einwohner nach Grabsleben, und die Entweichung der Arreſtaten.

I. In Anſehung der Jagdverbrechen iſt zu bemerken, daß die Herzogl. Gothaiſche Landesordnung pag. 609. ſq. zufolge des fol. 303. befindlichen Extracts auf das bloße Factum des Betroffenwerdens mit Schießgewehr innerhalb des Jagdreviers eine Strafe von 5 Rthlr., auf den Fall eines wirklichen Wilddiebſtahls aber eine Geldbuße von 50 Rthlr. oder eine halbjährige Zuchthausſtrafe mit halbem Willkommen geſetzt hat.

Hiebey entſteht die Frage: ob dieſes Geſetz auf den gegenwärtigen Fall, wo Ausländer ſich des Jagdvergehens ſchuldig gemacht haben, angewendet werden kann? Die Regel iſt: ein jeder muß nach dem Geſetze, welches er verletzt hat, beſtraft

werden; daraus folgt, daß in der Regel die Gesetze des Landes, wo das Verbrechen begangen worden, zur Anwendung gebracht werden müssen. Nur wenn das verletzte Gesetz härter ist, als die gemeinen oder die einheimischen Gesetze des Verbrechers, pflegt man eine Ausnahme zuzulassen.

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 95.

Meistentheils aber pflegt man dem Richter des Orts, wo das Verbrechen begangen worden ist, wenn ihm selbst die Bestrafung zukommt, die Befolgung der Ortsgesetze zur Pflicht zu machen;

Meisters peinlicher Proceß, Th. 4. S. 685.
Westphals Criminalrecht, Anmerk. 27. §. 9. pag. 98.

doch werden die Fälle, wo dem Verbrecher dieses härtere Gesetz nicht bekannt war, ausgenommen.

Strubens rechtl. Bed. P. IV. B. 135. pag. 341.

Ausdrückliche Gesetze können zur Entscheidung dieser Frage nicht dienen, denn Nov. 69. c. 1. pr. verordnet nur, daß ein jeder in der Provinz, worin er das Verbrechen begangen hat, dafür gestraft werden soll. Diese Streitfrage kann daher nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Analogie gemäß entschieden werden. Nach diesen muß zwar der, welcher auch nur auf einige Zeit auf den Schutz der Gesetze des Orts Anspruch macht, auch die Strafe, wodurch die Rechte aller sichergestellt werden sollen, über sich ergehen lassen, und es würde nur der Fall ausgenommen werden können, wenn die Gesetze des Orts übrigens erlaubte Handlungen mit Strafe belegen, aber das Gesetz dem Fremden unbekannt gewesen war. In wie fern er dennoch

wegen seiner Schuld, daß er sich mit den Gesetzen des Orts nicht bekannt gemacht habe, leiden müsse, kömmt hier nicht zur Entscheidung.

Im Falle der bloßen Ueberschreitung der Gränze kann weder eine ausdrückliche noch stillschweigende Unterwerfung unter die Gesetze des Landes, wo der augenblickliche Aufenthalt aufgeschlagen worden, angenommen werden. Denn obgleich die Vollziehung der zur Sicherheit des Landes auch gegen Auswärtige nothwendigen Strafen als ein aus der Beleidigung ohne Einwilligung des Beleidigers entstehendes Recht keinem Zweifel unterworfen ist; so muß doch bey Bestimmung der Strafe auf das gemeine Recht gesehen werden, und es würde, wenn die Strafe des gemeinen Rechts unbestimmt ist, keine härtere Strafe, als die in der Heimath des Verbrechers gewöhnliche, vollzogen werden können, weil nur von dieser, daß sie dem Verbrecher bekannt gewesen sey, vorausgesetzt werden kann. Bey der Anwendung dieser Grundsätze auf den gegenwärtigen Fall ist besonders zu bemerken, daß in Ansehung sämmtlicher Inculpaten, mit Ausnahme der beym Tumult arretirten Gebrüder Rudolph, welche an dem Jagdverbrechen selbst keinen Antheil genommen haben, die Vollziehung der Strafe dem foro domicilii überlassen worden, und es kann also hier die Meinung, daß der Richter des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, auch die Gesetze eben dieses fori selbst bey Bestrafung der Ausländer befolgen müsse, keine Anwendung leiden. Nichts bleibt daher übrig, als die Strafe des Wilddiebstahls nach der Theorie des gemeinen Rechts zu beurtheilen, und es würde also, da die gemeinen Rechte von dem Wilddiebstahl nichts Besonderes ver-

ordnen, auch nur die Strafe des gemeinen Diebstahls erkannt werden können.

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 367.

Bey Bestimmung der alsdenn eintretenden willkührlichen Strafe muß zugleich darauf Rücksicht genommen werden, ob mit einem solchen Wilddiebstahl gewinnsüchtige Absicht im engern Sinne verbunden, oder nur ein dem bloßen Mundraub ähnliches Factum vorhanden gewesen sey. Was insbesondere die auf das Betreten mit Feuergewehr in dem Fürstl. Gehege gesetzte Geldstrafe von 5 Rthlr. betrifft; so scheint es zwar, als ob diese hier keine Anwendung finden könne, weil die unter anderer Landeshoheit stehenden Unterthanen nicht zu Vermeidung der an sich erlaubten, aber den Landeseinwohnern in Rücksicht auf das gemeine Beste durch Polizeygesetze verbotenen Handlungen verpflichtet wären, besonders wenn der bloße Uebertritt über die Gränze nicht für eine freywillige Unterwerfung unter die Landesgesetze gelten kann. Es kommt aber hier in Betrachtung, daß die vorgedachte Handlung als eine den Wilddiebstahl vorbereitende Handlung unter die nach gemeinem Rechte verbotenen gehört, und also die Strafe des unternommenen Diebstahls eintreten würde.

Da nun die auf diesen Fall in den Landesgesetzen bestimmte Geldstrafe so beschaffen ist, daß sie nach gemeinem Rechte nicht für zu hart gehalten werden kann; so ist an sich kein Grund vorhanden, eine andere willkührliche Strafe statt der gesetzlichen zu bestimmen. In wie fern aber bey den Inculpaten besondere Gründe eintreten, eine andere Strafe zu wählen, wird sich in der Folge zeigen.

II. Was

II. Was den ersten Zug der Nottleber nach Grabsleben betrifft, so ist dabey keine Gewalt gebraucht worden, und es kann bey demselben die unschuldige Absicht, die Arrestaten auszulösen, zum Grunde gelegt werden. Die bloße Theilnehmung an diesem Zuge ist also noch für kein Verbrechen zu achten, und kann daher nur in so fern strafbar seyn, als die Theilnehmer sich eines Versuchs oder einer Vorbereitung der gewaltsamen Befreyung schuldig gemacht haben.

III. Die bey dem zweyten Zuge nach Grabsleben vorgenommenen Gewaltthätigkeiten hingegen sind ein sehr strafbares Verbrechen; und es entsteht hiebey die Frage, ob es nicht als ein Landfriedensbruch zu betrachten und zu bestrafen sey.

Wenn auch einige Theilnehmer an dieser Unternehmung eine gewaltsame Befreyung der Arrestaten im Sinne gehabt haben; so ist doch eine wirklich vorher getroffene Verabredung zum Gebrauch der Gewalt nicht erwiesen: auch erhellet es nicht mit Zuverlässigkeit, daß sich die Theilnehmer in dieser Absicht mit tödtlichen Werkzeugen versehen haben. Ferner ist nichts, was den Namen einer Befehdung oder eines innerlichen Krieges verdiente, vorgefallen; die Gewalt war nur gegen die wenigen Personen gerichtet, welche die Gefangenen bewachten. Denn es bedurfte keiner gewaltsamen Erbrechung des Gefängnisses; wie denn auch die von den Inculpaten mitgenommenen Stöcke nicht als Waffen betrachtet werden können, welche zu Ausübung der Gewalt bestimmet worden. Bey dieser Bewandniß der Umstände, und da sich besonders nicht behaupten läßt, daß die Absicht der Nottleber gewesen sey, die Ruhe des gemeinen Wesens

sens durch einen anhaltenden Tumult zu stören, oder die ganze Gemeinde zu Grabsleben zu beunruhigen, kann das Unternehmen der Nottleber zu Befreyung ihrer Landsleute nicht als ein eigentlicher Landfriedensbruch betrachtet werden.

Mevii Decis. 105. P. I. p. 41.
Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 167—174.

Dieses Unternehmen ist also nur als Gewalt zu bestrafen, und es kommt hier auf den Unterschied zwischen öffentlicher und Privatgewalt nicht an, da bekanntlich in beiden Fällen eine außerordentliche Strafe eintritt, welche auch in diesem Falle nach der Größe der Verschuldung oder Theilnahme wird bestimmet werden müssen.

Kochii Instit. Jur. Crim. Lib. II. Cap. 47. §. 592.
Quistorp. l. c. §. 188.

IV. Was die Entweichung der Arrestaten aus dem Arreste anbelangt, so sind zwar angesehene Rechtslehrer der Meinung, daß die Entweichung aus dem Gefängnisse, wenn sie auch mit dessen Erbrechung sollte vergesellschaftet gewesen seyn, nicht gestraft werden könne, weil der Verbrecher, indem er sich durch die Flucht der Strafe zu entziehen sucht, nichts weiter thue, als wozu der Mensch durch die Natur selbst angetrieben wird.

Koch l. c. §. 618.
de Boehmer ad C. C. C. art. 180.

Allein die von Koch selbst angeführten Rechtslehrer, z. B.

Voet. ad ff. Lib. 48. tit. 3. §. 9.
Kreff. ad C. C. C. art. 180. §. 3.

stimmen ihm nicht durchgängig bey, sondern behaupten vielmehr, daß im Falle der bloßen Flucht aus dem

dem Gefängnisse nur eine willkührliche Strafe eintreten kann, und daß besonders eine schon verwirkte Strafe des Todes oder des Staupenschlags wegen der Entweichung aus dem Gefängnisse nicht verschärft werden dürfe. Dies läßt sich aber auf den gegenwärtigen Fall, wo keine dergleichen harte Strafe zu erwarten war, und wo bey Bestimmung der übrigens verwirkten Strafe zugleich auf dieses Vergehen Rücksicht genommen werden könnte, keinesweges anwenden. Es scheint zwar die Kochische Meinung besonders dadurch unterstützt zu werden, daß die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Carls des Fünften in articulo 180. der Strafe des Verbrechers selbst, welcher aus dem Gefängnisse gebrochen ist, nicht erwähnet, so daß es also das Ansehen gewinnt, als ob die römischen Gesetze, besonders l. 13. ff. de effract. in Deutschland weiter keine Anwendung finden können. Allein bey der bekannten Unvollständigkeit der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Carls des 5ten läßt sich wol nicht annehmen, daß Verbrechen, deren die gedachte Gerichtsordnung nicht gedenkt, auch nicht bestraft werden könnten, und daß alle römische Strafgesetze, welche in der Carolina nicht wiederholt worden, für abgeschafft zu achten wären. Auch kommen alle Rechtslehrer darin überein, daß, wenn die Arrestaten zur Entweichung ein Complot gemacht und grobe Thätlichkeiten ausgeübt haben, der Entwichene nicht ungestraft bleiben dürfe.

Kreff l. c.
Quistorp l. c. §. 194.
de Boehmer ad C. C. C. art. 180. §. 5. circa finem *).

Die-

*) Bedenklicher ist die Frage: ob die in l. 13. ff. de effract. bestimmte Strafe stattfinden könne. Da der Rich-

Dieses vorausgesetzt, wenden wir uns zu den Personen der Inculpaten, um den Grad ihrer Verschuldung zu untersuchen, und die dadurch verwirkte Strafe zu bestimmen. Was nun

1) den Dietrich Ernst Pabst betrifft, so ist dieser 48 Jahr, verheirathet, hat Kinder, und ist mit Grundstücken angesessen. Er gesteht, daß er mit geladenem Gewehr auf der Grabsleber Flur betroffen worden, leugnet aber, daß er sich den ihn arretirenden und ihn entwaffnenden Jägerburschen widersetzt habe; und räumt zuletzt nichts weiter ein, als daß er bey dem Eindringen der Jägerbursche ihnen das Wort: zurück! zugerufen habe. Und obgleich der Jägerbursche Hempel und der Holzhauer Pfeifer dabey beharren, daß sich auch dieser Inculpat ihnen widersetzt habe; so gestehen sie doch, daß er den Hempel nicht gehindert habe, die noch in des Inculpaten Händen befindliche Flinte abzufeuern, wie auch, daß die Jagdbedienten nicht die Jagduniform, sondern Bauerkittel angehabt haben, als wodurch der Vorwurf einer Widersetzlichkeit gegen Herzogliche Beamte aus dem Wege geräumt wird.

Hiernach würde also der Pabst eine Geldbuße von 5 Rthlr. verwirkt haben, weil er eines

Richter da, wo es zweifelhaft ist, ob die Todesstrafe eintreten könne, die gelindere Meinung ergreifen muß, und selbst in dem Falle, wo die Römischen Gesetze angewendet werden müssen, um das Wesen der strafbaren Handlungen zu bestimmen, dennoch die Verschiedenheit unserer und der Römischen Strafe die Anwendung der Römischen Strafe bedenklich macht; so hat man nur auf eine willkührliche Strafe erkannt.

eines wirklich verübten Wilddiebstahls nicht überführt werden kann. Es wird aber diese geringe Strafe durch die größere, welche er durch sein Benehmen bey seiner Entweichung verwirkt hat, gehoben. Ob er gleich zugeben muß, daß er zu einer Zeit, da er vernünftiger Weise nicht mehr hoffen konnte, die Sache mit Geld abzumachen, dem Jacob Marggraf angelegen habe, daß er einige Nottleber nach Grabsleben schaffen müßte, welche Geld mitbrächten; so will er doch nicht eingestehen, daß eine gewaltsame Befreyung der Arrestaten die Absicht seines Ganges nach Grabsleben gewesen sey. Er muß jedoch einräumen, daß er bey der letzten Ankunft der Nottleber in Grabsleben den Jägerburschen Hempel umfaßt, und als dieser das nochmals angebotene Geld nicht annehmen wollen, durch die Worte: Greift an! Packt an! das Losungszeichen zu den Thätlichkeiten gegeben habe. Nun sucht er dies zwar damit zu entschuldigen, daß er, weil die Hirschfänger und Flinten der Jäger auf dem Tische gelegen, dadurch den Thätlichkeiten habe vorbeugen wollen; allein es ist offenbar, daß er dabey eine gewaltsame Entreißung der Personen, die ihn bewachten, beabsichtiget, und daß er es war, welcher durch den vorgedachten Ausruf den Ausbruch des Tumults veranlaßte, wenn er auch der vorhergehenden Verabredung desselben nicht überführt werden kann.

Solchergestalt ist er nun zwar derjenigen Handlungen nicht überwiesen, welche einen eigentlichen Landfriedensbruch begründen würden; aber er ist als Ursach des gefährlichen

Tu-

Tumults zu betrachten. Auch hat er selbst durch die eingestandene Niederwerfung des Jägerburschen sich einer groben Thätlichkeit schuldig gemacht; so daß ihm nicht die bloße Entweichung, sondern auch eine hinzugekommene neue unerlaubte Handlung zur Last fällt, welche nach dem, was oben aufgeführt worden, auch nach der Lehre des

de Boehmer l. c.

eine ernstliche Ahndung nach sich ziehen muß. Wegen der aus diesem Tumult zu besorgenden Gefahr hat also gegen ihn auf eine einjährige Zuchthausstrafe nebst einer seiner Leibesbeschaffenheit angemessenen mäßigen Züchtigung bey dem Anfang und Ende der Strafzeit erkannt werden müssen.

2) Michael Christoph Pabst ist 35 Jahr alt, verheirathet, und mit Haus und Ländereyen angesessen. Auch er ist in dem Herzogl. Gothaischen Jagdreviere mit einer geladenen Flinte betroffen worden. Er sucht zwar diesen Jagdexceß dadurch zu entschuldigen, daß er vorgiebt, das Haasenschießen sey kein Verbrechen, weil der Geistliche ihm bey der Copulation vorgelesen habe, daß er über die Fische im Meere, über die Vögel unter dem Himmel, und über alles Thier, was auf Erden kreucht, herrschen solle; er muß aber doch gestehen, daß ihm das Verbot zu jagen nicht unbekannt gewesen sey. Und ob er gleich nach der Aussage der Jägerbursche, und selbst des Jonas Sparrenberg, den eindringenden Jägerburschen die Flinte vorgehalten haben soll, so leugnet er doch dieses beharrlich, und kann

durch

durch die bloße Angabe der Denunciaten und Mitschuldigen nicht für hinlänglich überführt geachtet werden *). Gewiß aber ist es, daß er durch den unternommenen Wilddiebstahl und den anfänglich versuchten Widerstand wenigstens eine achttägige Gefängnißstrafe, die ersten und letzten zwey Tage bey Wasser und Brodt, verwirkt habe.

3) George Wilhelm Leonhardt, aus Nottleben, ledigen Standes, und mit Ländereyen angesessen, hat einen Hasen in dem Herzoglich-Gothaischen Reviere geschossen, und hat auch in der Nacht in der Grabsleber Schenke die Arrestaten besucht, ist aber bey dem Tumult, welcher gegen Morgen um 5 Uhr ausbrach, nicht gegenwärtig gewesen. Ihm fällt sonst nichts als der Wilddiebstahl zur Last, und zwar ein solcher, welcher nicht aus gewinnsüchtiger Absicht im engern Sinne unternommen worden; indem es nicht erhellet, daß Inculpat aus dem Wilddiebstahl ein Gewerbe mache. Da er weder beschuldiget, noch überführt ist, mehrmals gestohlen zu haben, und der Diebstahl nur eine Kleinigkeit beträgt, hier auch von einer Sache die Rede ist, welche noch in niemands Eigenthum gewesen, und durch deren Occupation nur das ausschließende Besitznehmungsrecht eines andern verletzt

*) Obgleich die P. G. O. besonders art. 31. die Angabe eines Mitschuldigen unter den daselbst angeführten Umständen als eine genugsame Anzeige gelten läßt, so kann doch nach der Natur der Sache die unbeschworne Anzeige eines Mitschuldigen nie die Beweiseskraft eines vereideten unverdächtigen Zeugen haben.

letzt worden, aus den oben angeführten Gründen aber das gemeine Recht hier angewendet werden kann; so ist die erkannte vierwöchentliche Gefängnißstrafe, die ersten und letzten zwey Tage bey Wasser und Brodt, für hinlänglich zu achten. -

4) Jonas Sparrenberg, 45 Jahr alt, ein Wittwer, mit Haus und Ländereyen in Nottleben angesessen, ist ebenfalls mit geladener Flinte im Herzogl. Gothaischen Jagdreviere gewesen, um Haasen zu schießen, will aber den Andern zugeredet haben, durch Widersetzlichkeit gegen die Jägerbursche kein Unglück anzurichten, ist auch selbst einer Widersetzlichkeit nicht überführt. Er gehört unter diejenigen, welche als Wilddiebe nach Grabsleben in Verhaft gebracht worden; er leugnet eine mit den Nottlebern wegen seiner gewaltsamen Befreyung getroffene Abrede, hat sich aber bey dem am Morgen in der Grabsleber Schenke ausgebrochenen Tumult sogleich in Freyheit gesetzt, ohne jedoch dabey Gewaltthätigkeiten ausgeübt zu haben. Da er keiner Gewaltthätigkeit und keiner Theilnehmung an derselben überführt worden, und nur eine entfernte Vermuthung, daß er an einem Complot zu seiner Befreyung Theil genommen habe, wider ihn streitet; so hat bey Bestimmung der Strafe auf den versuchten Wilddiebstahl Rücksicht genommen, und er nicht härter, als mit einer achttägigen Gefängnißstrafe, die ersten und letzten zwey Tage bey Wasser und Brodt, belegt werden können. Diese Strafe ist nur um ein weniges härter, als die in der

Her-

Herzogl. Gothaischen Landesordnung bestimmte Geldbuße.

5) Johann Jacob Marggraf, ist 32 Jahr alt, beweibt, und mit verschuldeten Grundstücken angesessen. Nach der übereinstimmenden Aussage der Coinculpaten ist derselbe als ein Anstifter und vorzüglicher Theilnehmer des Tumults zu betrachten. Nach seiner eigenen Erzählung hat er auf Antrieb der Dietrich Ernst Pabstischen Ehefrau sich vorzüglich die Befreyung der in Verhaft genommenen Nottleber angelegen seyn lassen, ist zu diesem Ende des Nachts in die Grabsleber Schenke gegangen, und hat mit dem Dietrich Ernst Pabst wegen dessen Befreyung angeblich durch Geld Abrede genommen, hat sodann den größten Theil der übrigen Nottleber, welche nachher den Tumult in der Grabsleber Schenke verursacht, zusammengeholet, besonders thätigen Antheil an der Schlägerey genommen, sich des Hirschfängers des Jägerburschen Hempels bemächtiget, und gedachten Hirschfänger mit sich nach Nottleben gebracht. Was nun erstlich die Anstiftung der übrigen Nottleber betrifft, so hat der Marggraf nicht an sich kommen lassen, daß dabey der nachher vorgefallene Tumult beabsichtiget gewesen. Wenn man aber auch die Aussage des Johann Friedrich Adlung und Heinrich Christoph Rudolph, zufolge welcher auf den Fall der nicht angenommenen Caution der Gebrauch der Gewalt verabredet worden, nicht als eine gültige Zeugenaussage betrachten kann; so ergiebt sich doch aus dem ganzen Zusammenhange der Umstände, daß die zahlreiche Versammlung so

vieler zum Theil unvermögender Personen, als unter welche der Marggraf selbst gehört, nicht die Bestellung einer Caution, sondern die in der Folge wirklich vorgefallene Gewaltthätigkeit zur Absicht gehabt habe. Eben dieses legt auch das eben schon erzählte Betragen des Dietrich Ernst Pabst zu Tage, als welcher bey dem Eintritt der Nottleber in die Schenke sogleich den einen Jägerburschen umfaßte, und das Signal zum Kampf gab. Daraus wird wenigstens so viel wahrscheinlich, daß, wo nicht alle, doch die Anstifter und Hauptthäter um diesen Anschlag gewußt haben, unter welchen nun der Marggraf obenan steht. Er ist es auch, welcher mit dem Jägerburschen Hempel vorzüglich handgemein gewesen ist, wie nicht nur von Seiten des Dietrich Ernst Pabst und des Eberhardt angeführt, sondern auch vom Inculpaten selbst eingestanden wird, indem derselbe einräumt, daß er den Jägerburschen, ohne zu wissen wohin, mit dem Stocke geschlagen, und ihm den Hirschfänger abgenommen habe. Der Jägerbursche Hempel ist nun eben derjenige, welcher die Hiebe mit dem Hirschfänger erhalten hat, und es ist ein dringender Verdacht gegen den Marggraf vorhanden, daß er es eben gewesen sey, welcher diese Wunde dem Hempel zugefügt habe. Es ist eine bloße durch keine rechtliche Gründe unterstützte Vermuthung des Defensors, daß der Hempel diese Wunde von den im Finstern um sich herumhauenden andern Jägerburschen empfangen habe. Da dieser behauptet, das Herumfahren mit dem Hirschfänger sey geschehen,

schehen, um dem Hempel, welcher sich dazumal schon im Gedränge und nach der Lage der Umstände wahrscheinlich nicht mehr im Hauserden befand, zu Hülfe zu eilen. Hiernach würde eine viel härtere Strafe, zu erkennen gewesen seyn. Allein es kommt dem Inculpaten zu statten, daß der von ihm dem Hempel weggenommene Hirschfänger nachher in andere Hände gekommen ist, so daß also der Verdacht einer damit bewirkten Verwundung des Hempels nicht allein auf den Inculpaten fallen kann.

Gewiß ist seine vorzügliche Thätigkeit bey der Vorbereitung und Ausführung des Tumults, und er hat daher mit keiner geringern, als einjährigen Zuchthausstrafe, nebst einer mäßigen Züchtigung, belegt werden können.

6) Dietrich Ernst Sparrenberg, 26 Jahr alt, verheirathet und angesessen, befand sich gleichfalls unter den Tumultuanten, ob er gleich von einer vorgängigen Verabredung nichts wissen will. Er ist einer von denen, auf welche der Verdacht der Verwundung des Jägerburschen Hempel fallen kann. Gewiß ist es, daß er an dem Tumulte thätlichen Antheil genommen, und nicht nur nebst den übrigen in die Schenkstube eingedrungen sey, sondern auch vor der Schenke seinem Schwiegervater Lorenz Michael Sparrenberg zu Hülfe geeilet sey, um ihm den Hirschfänger zu entreißen. Weil aber der Marggraf den Hirschfänger dem Jägerburschen schon abgenommen hatte, hat er diesem den Hirschfänger wieder abgenommen, und, wie er versichert, in den zunächst liegenden Wassertümpel geworfen.

Obgleich Inculpat von einer vorgehabten gewaltsamen Befreyung nichts wissen, auch bey ausgebrochenen Gewaltthätigkeiten sogleich davon geeilet, und nur zur Rettung seines Schwiegervaters zurückgekehrt seyn will, und also ganz schuldlos zu seyn scheint; so fällt doch in die Augen, daß die Versammlung vieler zum Theil unvermögender Personen einen andern Zweck als den vorgegebenen haben mußte, und die geständliche Herbeyeilung an den Ort, wo der Jägerbursche Hempel verwundet worden, und der Besitz des Hirschfängers, machen ihn der Theilnahme an der Verwundung des Hempels allerdings verdächtig, und eine zweymonathliche Zuchthausstrafe, ohne Willkommen und Abschied, kann daher für nicht zu hart geachtet werden.

7) Lorenz Michael Sparrenberg, 53 Jahr alt, ein Wittwer, und mit Haus und Ländereyen angesessen, ist ebenfalls unter den Tumultuanten gewesen, und hat den Weg nach Grabsleben angetreten, ob ihm gleich, seinem eigenen Bekenntnisse nach, gesagt wurde, daß die Sache mit Geld nicht abzumachen war. Er will jedoch nicht eingestehen, daß eine gewaltsame Befreyung beabsichtiget worden, und behauptet, daß er dennoch durch mehrmaliges Zureden die Befreyung gegen Geld zu bewirken gehofft habe. Er ist es, welcher mit dem verwundeten Jägerburschen Hempel vorzüglich handgemein geworden war; doch behauptet er, daß er den Jägerburschen nicht angegriffen, sondern dieser ihn verfolgt, und daß er nur, um sich gegen seinen Angriff mit dem Hirschfänger zu vertheidigen, Gewalt gebraucht, und die übri-

gen

gen zu Hülfe gerufen habe. Nun ist es zwar nach der Lage der Umstände allerdings wahrscheinlich, daß der Jagdbursche Hempel die flüchtenden Arrestaten und ihre Gehülfen verfolgt habe, diese aber nach erreichtem Zwecke von dessen Mißhandlung wieder abgestanden haben. Allein diese Verfolgung war nicht unrechtmäßig, auch ergiebt sich die grobe und gefährliche Mißhandlung des Hempels aus der Folge. Wenn also auch Inculpat der Verwundung mit dem Hirschfänger nicht für überführt geachtet werden kann; so hat er doch an dem Handgemenge, bey welchem dies geschehen, einen vorzüglichen Antheil genommen, wie er denn auch einräumen muß, daß er mit seinem daumensdicken Stocke nach dem Hempel geschlagen habe. Er hat daher eine dreymonathliche Zuchthausstrafe, jedoch wegen seines Alters ohne Züchtigung, wohl verdienet.

8) Johann Heinrich Bieser, 27 Jahr alt, ledigen Standes, und mit $\frac{1}{4}$ land angesessen, hat den dringendsten Verdacht, daß er unter die Anstifter des Tumults gehöre, wider sich. Heinrich Christoph Rudolph und Johann Franz Adlung versichern, daß Inculpat sich über den Zug nach Grabsleben auf eine Art geäußert habe, welche an der Absicht, die Arrestaten mit Gewalt zu befreyen, nicht zweifeln läßt. Nun leugnet zwar Bieser dies; auch kann die Aussage der Coinculpaten gegen ihn keinen Beweis bewirken; aber diese Aussagen werden theils dadurch, daß Inculpat selbst gestehen muß, eine große Anzahl Nottleber zusammengebracht zu haben, theils durch den

Erfolg, welcher ohne vorgängige Abrede sich nicht füglich erklären läßt, unterstützt. Er hat geständlich an den Thätlichkeiten mit dem Jägerburschen Antheil genommen, und ist mit einem Stocke, den er auch gegen den einen gebraucht zu haben eingesteht, versehen gewesen. Auch ihn muß unter diesen Umständen eine einjährige Zuchthausstrafe, nebst einer seiner Leibesbeschaffenheit angemessenen harten Züchtigung am Anfang und Ende der Strafzeit, treffen.

9) Heinrich Christoph Rudolph, ist 30 Jahr alt, beweibt, Vater eines Kindes, und Stiefvater zweyer von seiner Frau ihm zugebrachten Kinder, auch zu Nottleben ansässig. Er begab sich auf den Zug nach Grabsleben, ob er gleich selbst gestehen muß, daß unterweges von der gewaltsamen Befreyung der Arrestaten die Rede gewesen; und er bleibt also für die Theilnehmung an diesem Zuge verantwortlich, wenn es auch wahr seyn sollte, daß er, wie er behauptet, seiner Seits nur die Absicht gehabt habe, Caution zu stellen; denn er hätte entweder die Ergreifung der gewaltsamen Maaßregeln mißbilligen, und die übrigen davon abhalten, oder sich von ihnen trennen sollen. Er hat aber auch an der Ausführung selbst thätigen Antheil genommen. Geständlich hat er den Jägerburschen Grothe, welcher den entlaufenen Arrestaten nacheilen wollen, gehalten, und also selbst Gewaltthätigkeiten ausgeübt, ob er gleich nicht eingestehen will, ihn geschlagen zu haben. Nach der Versicherung seines Bruders, Elias Rudolph, ist der Inculpat mit dem Grothe dergestalt hand-

handgemein gewesen, daß sie mit einander auf der Erde gelegen haben, womit auch seine eigene etwas dunkle Aussage übereinstimmt. Er gehört übrigens nebst seinem Bruder unter diejenigen, welche bey dem Tumult ergriffen und arretirt worden, und es ist bey seiner Strafe auf den schon erduldeten Arrest und die erlittenen Mißhandlungen Rücksicht zu nehmen. Aus diesen Gründen hat er mit einer vierwöchentlichen Zuchthausstrafe nebst einer gelinden Züchtigung belegt werden müssen.

10) Elias Rudolph, welcher 46 Jahr alt, Vater zweyer Kinder, verheirathet, und in Nottleben ansässig ist, will durch seine Schwester zu Befreyung der Arrestaten, unter welchen sich ihr Mann befand, angetrieben worden seyn, dabey aber bloß die Bestellung einer Caution beabsichtiget haben. Nach seiner Erzählung hat er sich auch sogleich bey ausgebrochenem Tumult davonmachen wollen, ist aber dabey über seinen Bruder, welcher mit dem Jägerburschen im Handgemenge gewesen, gefallen. Er muß indessen doch einräumen, daß er auch gegen den Holzhauer Gewalt gebraucht hat, indem er ihn an der Ergreifung des Gewehrs zu hindern gesucht. Da nun zufolge der einmüthigen Aussage des Grothe und Pfeifer die in der Stube befindlichen Nottleber Bauern sogleich auf den Grothe und Pfeifer zugeschlagen haben, auch die Verletzung des Grothe von den gegen ihn verübten Gewaltthätigkeiten zeugt; so hat dieser Inculpat die erkannte zweymonathliche Zuchthausstrafe wohl verdient; es hat jedoch theils wegen seines Alters, theils in Rücksicht des schon

erlittenen Arrests keine weitere Züchtigung gegen ihn erkannt werden können.

11) Caspar Eberhardt, 24 Jahr alt, verheirathet und unangesessen, will den Zug nach Grabsleben bloß zur Gesellschaft mitgemacht haben. Ob er nun gleich von einer verabredeten Gewalt nichts wissen will, so muß er doch einräumen, daß er ohne weitern Zweck mit nach Grabsleben gegangen sey. Dadurch wird er einer bösen Absicht sehr verdächtig. Nun will er zwar bey entstandenem Lerm gleich wieder aus der Grabsleber Schenkstube nach Hause gegangen seyn; allein er gesteht doch, daß er an den verwundeten Jägerburschen Hempel in so fern Hand angelegt, daß er ihm das Seitengewehr gehalten. Es trifft ihn also mit dem Dietrich Ernst Sparrenberg eine gleiche und sogar noch größere Verschuldung, weil er weniger als dieser Anlaß hatte, die Anzahl der Tumultuanten zu vermehren, und an dem Handgemenge mit dem Jägerburschen Hempel Theil zu nehmen, weshalb auch ausser der zweymonathlichen Zuchthausstrafe auf eine seiner Leibesbeschaffenheit angemessene mäßige Züchtigung bey Anfang und Ende der Strafzeit erkannt werden müssen.

12) Michael Ernst Brühl hat zwar deswegen, weil er an dem Zuge der Nottleber nach Grabsleben Theil genommen, sich einer Theilnehmung an dem Tumulte verdächtig gemacht. Da er aber nach seiner Versicherung Geld zu sich gesteckt hat, die Arrestaten zu befreyen, und von einer Theilnehmung an den ausgeübten Gewaltthätigkeiten weder aus seinem

Ge-

Geständnisse noch sonst etwas erhellet; so hat er ab instantia absolviret, jedoch zur Theilnehmung an den Kosten verurtheilet werden müssen, da er durch den mit den Tumultuanten gemeinschaftlich unternommenen Zug, und also nicht ohne seine Schuld, denjenigen Verdacht veranlasset hat, weswegen gegen ihn die Untersuchung geführet werden müssen. In eben diesem Falle befindet sich

13) George Friedrich Adlung, zufolge dessen, was fol. 142 bis 177. zu den Acten verhandelt, und von Jonas Sparrenberg, Dietrich Ernst Pabst, Marggraf und Lorenz Michael Sparrenberg angezeigt worden. Imgleichen

14) Hans Nicol Nährlich. Dies ergiebt sich aus Zusammenhalten seiner eigenen Angabe, mit der Aussage des Jonas Sparrenberg, Dietrich Ernst Pabst, und des Marggraf.

15) Adolph Offhausen ist, zufolge dessen, was fol. 154 sq., imgleichen fol. 93. 106. 124^{b}. zum Protocoll genommen worden, ebenfalls ab instantia zu absolviren.

16) Johann Lorenz Brand ist gänzlich frey zu sprechen, da zufolge seiner Aussage kein Grund vorhanden ist, ihn einer sträflichen That für überführt zu achten, und er nur am Abend, da die Wilddiebe in Verhaft genommen worden, in Grabsleben gewesen ist, an dem am folgenden Morgen ausgebrochenen Tumult aber gar keinen Antheil genommen hat.

Was endlich

17) den Jägerburschen Hempel betrifft, so hat dieser selbst eingestanden, daß er einem der in Verhaft genommenen Gebrüder Rudolph die Tasse vor dem Maule weggeschlagen habe, mit der Aeußerung, daß es Arrestaten nicht zieme, Coffee zu trinken, und daß es wohl seyn kann, daß er ihn bey dieser Gelegenheit aufs Maul geschlagen habe.

18) Auf gleiche Weise hat der Jägerbursche Grothe eingestehen müssen, daß er auf die schon in Verhaft genommenen Gebrüder Rudolph in der Hitze mit der flachen Klinge geschlagen habe. Dieses eigenmächtige Verfahren gegen die Arrestaten würde noch eine härtere als achttägige Gefängnißstrafe verdienen, wenn den Jägerburschen nicht der Zorn, zu welchem dieselben durch die Tumultuanten gereizt worden, zur Entschuldigung diente. Was endlich die von den Inquisiten verursachten Schäden und Kosten betrifft, so könnte es zwar scheinen, als ob die Jägerbursche, weil sie sich selbst strafbarer Excesse schuldig gemacht haben, keinen Ersatz fordern könnten, vielmehr die Untersuchungskosten mit tragen müßten. Allein ihr Exceß erfolgte erst nach geendigtem Tumult, und hat zu der Untersuchung keinen Anlaß gegeben, auch hat die Untersuchung desselben besondere Kosten nicht verursacht.

Wenn Defensor ihnen Schuld giebt, daß sie die bey der Wilddieberey ergriffenen Bauern mit List in Verhaft gebracht; so kann dies zu Vermeidung aller sonst etwan zu besorgen-

sorgenden Gewaltthätigkeit dienliche Mittel nicht als eine bürgerliche unerlaubte Handlung betrachtet werden.

Dagegen müssen die von Nr. 1. bis 15. genannten Personen die Kosten und Schäden pro rata, und, weil Eine unerlaubte Handlung dabey zum Grunde liegt, eventualiter in solidum tragen.

Die Festsetzung der Kosten-Rechnung bleibt dem Orts-Richter überlassen, wenn sie dem auswärtigen nicht ausdrücklich übertragen, und dieser dazu nicht durch Mittheilung der Landes-Medicinal- und Sportul-Ordnung in den Stand gesetzt worden.

Was besonders die Curkosten anbelangt, so wird zwar von Seiten des Defensors eingewendet, daß die beiden Jägerbursche sich unter einander selbst verwundet, sich auch durch ihr Betragen die erhaltenen Schläge zugezogen hätten. Weil aber dies einestheils auf einem leeren Vorgeben beruhet, und anderntheils der durch das Eindringen in die Schenkstube zu Befreyung der Verhafteten erregte Tumult als die Ursache der nachfolgenden Schlägereyen und Verwundungen zu betrachten ist, und die Tumultuanten in einer unerlaubten Handlung, die Jägerbursche aber in einer erlaubten, nemlich in der Einholung der entwichenen Arrestaten, begriffen waren; so kann nur jenen, aber nicht diesen, die Verbindlichkeit, die Untersuchungs- und Curkosten zu tragen, aufgelegt werden. Nun könnte zwar hier der Zweifel entstehen, als ob die Curkosten nur dem, welchen der Verdacht der Verwundung trifft, auferlegt werden könnten. Da aber der eigentliche Thäter nicht ausgemittelt wer-

den

den kann, und die Verwundung als eine Folge des Tumults zu betrachten ist; so hat diese Verbindlichkeit sämmtlichen Personen, welche bey der gewaltsamen Befreyung der Arrestaten auf irgend eine Weise Theil genommen, und durch ihre Flucht den Tumult veranlaßt haben, treffen müssen; so daß also von den unter Nr. 1. bis 16. genannten nur der Michael Christoph Pabst und der Georg Wilhelm Leonhardt davon ausgenommen werden können, weil diese nur an dem Jagdexceß, aber nicht an dem Tumult, Antheil genommen hatten. Die von den beiden Jägerburschen geforderten Schmerzengelder sind, zufolge des von Quistorp

a. a. O. §. 337.

bezeugten Gerichtsbrauchs, nach welchem sie die Summe von 10 Rthlr. nicht zu übersteigen pflegen, für den Hempel auf 10, und in Ansehung des Grothe auf 5 Rthlr. bestimmt worden, und es ist wegen des Beytrages eben das, was in Ansehung der Curkosten bestimmt ist, Rechtens.

Die von dem Hempel mit 23 Rthlr. 15 Gr. geforderten Schießgelder sind auf den Grund des beygebrachten Attestats für richtig anzunehmen, nur in Ansehung des Grothe ist von dem Defensor mit Recht bemerkt worden, daß der Grothe nach dem mediciniſchen Attestate schon am 31sten December 1793 das erstemal auf die Jagd gehen konnte, und also der Grothe den erlittenen Verlust noch besser, als bisher geschehen ist, zu bescheinigen habe. Dem Forstlaufer Pfeifer sind zu folge des vorher angezogenen Attestats an Versäumniß und Schmerzengelde zusammen 10 Rthlr. festgesetzt worden.

Uebri-

Uebrigens ist zu bemerken, daß ohne vorgängige Special-Inquisition auf die im Urthel bestimmten Strafen erkannt werden konnte, weil diese Strafen, von welchen keine einer Capital-Strafe nahe kommt, auf das eigene durch alle Umstände der That unterstützte Geständniß der Inculpaten gegründet worden.

Dies sind die Gründe, aus welchen wir, so wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

II.

1) Die Wechsel-Strenge ist zum Vortheil des Gläubigers eingeführt, und es kann daher der Buchstabe des Gesetzes in der Regel nur zum Vortheil des Gläubigers, und nicht des Schuldners, angewendet werden.
2) Die von der Ehefrau gemeinschaftlich mit dem Ehemanne vorgenommene Prolongation eines von dem Ehemanne allein ausgestellten Wechselbriefes ist nach Braunschweigischen Landesgesetzen einem von der Ehefrau ausgestellten Wechsel gleich zu achten.

An die Justiz-Canzley zu Wolfenbüttel.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Supplication, dessen Rechtfertigung, und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Senatoris und Kaufmanns C** W** K** zu Braunschweig, Klägers, Appellaten und Supplicanten an einem, wider des Kaufmanns F** W** S** Ehefrau, gebohrne B** daselbst, Beklagte, Appellantin, jetzt Supplicatin, am andern Theil, erkennen ꝛc.

Nunmehro aus den Acten zu befinden, daß das vorige Erkenntniß dahin zu ändern, daß Beklagte, jetzige Supplicatin, von der wider sie angeb-

gestellten Klage nicht zu entbinden, vielmehr das unter dem 1ten May 1792 eröffnete Erkenntniß wiederherzustellen, sämmtliche bisher aufgelaufene Kosten aber gegen einander zu vergleichen und aufzuheben, Supplicant jedoch die Versendungskosten allein zu tragen schuldig sey. V. R. W.

Gründe *).

Denn es gewinnt zwar das Ansehen, als ob auf Seiten der Beklagtin, jetzigen Supplicatin, die Wechsel-Verbindlichkeit gänzlich mangele, weil eine nicht existirende Verbindlichkeit auch nicht habe prolongiret werden können; auch scheint es, als ob der Grund, daß dennoch aus der von Seiten der Beklagtin bey der Prolongation geschehenen Unterschrift, ihr Wille, sich durch den Wechsel zu verpflichten, erhelle, hier, wo von einem negotio strictissimi juris die Rede sey, keine Anwendung finden könne. Allein man mag die Büschische Hypothese

Handlungs-Bibliothek B. 1. S. 377. sq.

oder den von Runde

Grundsätze des allgem. deutschen Privatrechts §. 231.

angegebenen Grund des Wechselrechts annehmen, oder auf die Wechsel-Gebräuche Rücksicht nehmen;

Les loix et les coutumes du change, par Ricard. Th. 5.

so

*) Da in diesem Falle das Factum einfach war, und es auf bloße Rechtsfrage ankam, so hat man es für überflüssig gehalten, eine Geschichtserzählung vorauszuschicken.

so ist doch nirgends die Spur einer den Schuldner begünstigenden Spitzfindigkeit vorhanden. Vielmehr ist alle Strenge des Wechselrechts gegen den Schuldner gerichtet, welcher die übernommene Verbindlichkeit genau, so wie sie in der Schrift bestimmt ist, ohne alle Ausrede erfüllen muß, so daß der eben angeführte Schriftsteller nicht einmal das Wort Wechsel zum Wesen desselben erfordert.

Man verkennet den Geist des Wechselrechts, welches die Erhaltung des kaufmännischen Credits beabsichtiget, wenn man dem Schuldner, welcher eine bestimmte Verbindlichkeit nach Wechselrecht übernehmen wollte, erlaubt, sich hinter Worte zu verstecken.

Was nun aber auch nach gemeinem Wechselrechte noch zweifelhaft seyn würde, ist doch im gegenwärtigen Falle durch Landesgesetze bestimmt. Selbst die von der Beklagtin angeführten Declarationes vom 20sten Februar und 30sten November 1744. halten, um die Frau wechselmäßig zu verpflichten, sonst nichts für nothwendig, als daß sie den Wechsel bloßerdings unterschrieben, gesetzt auch, daß ihrer, als Mitschuldnerin, in dem von ihrem Manne ausgestellten Wechsel gar nicht gedacht wäre.

Hieraus ergiebt sich, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht sey, der Frau, welche ihre Absicht, sich zu verpflichten, durch die Unterschrift des Wechsels zu erkennen gegeben hat, irgend eine auf die bloße Form ihrer Erklärung sich beziehende Ausflucht zu gestatten.

Es ist genug, daß die Beklagte den Wechsel unterschrieben hat, und daß dieses [illegible]er Zeit geschehen ist, als selbiger noch mit [illegible] Wechselkraft versehen war. Diese war nun durch die Prolongation des Ehemannes der Beklagtin erhalten worden, und die Art, wie sie diese Wechsel-Verbindlichkeit mit auf sich nahm, war nach den vorher angeführten Gesetzen ganz gleichgültig. Dieses vorausgesetzt, ergiebt sich also die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses von selbst, und die Vergleichung der Kosten ist die Folge davon.

Weshalb überall, so wie geschehen ist, hat erkannt werden müssen.

III.

In wie fern nichtbeobachtete Förmlichkeiten, besonders die unterlassene Vorladung des Gegentheils, um zu sehen, wie der Zeuge vereidet werde, die Nichtigkeit nach sich ziehen.

An die Regierung zu Rudolstadt.

Als die Herren die uns eingewandte Leuterung, deren Rechtfertigung, und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Johann Nicol Schneider zu Büchelohe, Beklagten und Leuteranten an einem, wider den Johann Heinrich Greßler ebendaselbst, Klägern und Leuteraten am andern Theile, in sechs anbey zurückkommenden Actenbänden zugesendet, und sich des Rechten darüber zu berichten verlanget.

Demnach erachten rc. Daß es der eingewandten Leuterung ungeachtet bey dem am 14ten December 1793. eröffneten Erkenntnisse lediglich verbleibe; auch ist Leuterant die Kosten des verzögerten Processes allein zu tragen schuldig. Hievon sind diejenigen ausgenommen, welche durch das Ausbleiben des Leuteranten in termino prosecutionis, den 12ten April 1794, verursacht worden, als in Ansehung deren die Kosten billig gegen einander verglichen und aufgehoben werden. V. R. W.

Grün-

Gründe.

Denn es gewinnt zwar allerdings das Ansehen, als hätte das zuletzt ergangene Jenaische Urthel aufgehoben, und dagegen das vorhergegangene Erfurtische wiederhergestellt werden sollen, weil die Zeugin Jahnin, während der Zeit, da das Verfahren über ihre Zulässigkeit noch schwebte, und sogar ohne Vorladung und in Abwesenheit des Producten vereidet und abgehöret worden. Auch ist es noch sehr zweifelhaft, ob der Richter nicht noch Zeit genug gehabt haben würde, den Gegentheil zu der Vereidung der Zeugin vorladen zu lassen, wenn er es auch für nöthig hielt, sie inzwischen zum ewigen Gedächtniß abhören zu lassen, als welches auch nach den Landesgesetzen

Proceßordnung tit. 14. §. 2.

erforderlich gewesen seyn würde.

Es kann aber nicht angenommen werden, daß die unterlassene Vorladung des Gegentheils, um zu sehen, wie der Zeuge verhört worden, eine unheilbare Nichtigkeit nach sich ziehe. Diese Vorladung ist ohnedies nur monitorisch, und der richterliche Glaube ist an sich schon hinreichend, die geschehene Vereidung zu bezeugen, und wenn das Römische Recht bey der Zeugen-Production die Gegenwart des Gegentheils erfordert, so hatte dies in der besondern Beschaffenheit des Römischen Processes, welcher die Gegenwart der Partenen bey der Abhörung der Zeugen, um diesen Fragen vorlegen zu können, erlaubte,

Quinctilian. Instit. Orat. Lib. V. cap. 7. it. Lib. VI. cap. 5.
l. 19. C. de testib.

seinen Grund, welcher auf unsern Proceß keine Anwendung leidet. Das, was nach unserer Verfassung die Bekanntmachung des Productions-Termins an den Producten nothwendig macht, ist, damit derselbe Gelegenheit erhalte, seine Fragstücke dagegen einzureichen. Da aber in dieser Sache nur auf Bescheinigung interloquiret war, und beide Theile diesen Zwischenspruch hatten rechtskräftig werden lassen; so bedurfte es der Erforderung der Fragstücke nicht, und die Adcitation des Producten wäre also eine bloße Förmlichkeit gewesen. Daß die Gesetze diese Förmlichkeit nicht so hoch schätzen, daß sie deshalb das wesentliche Recht derselben aufopfern sollten, ergiebt sich unter andern auch aus l. 10. C. de testib., aus welcher Gesetzstelle wenigstens soviel erhellet, daß in dem Falle, wo die Förmlichkeiten nicht mehr nachgeholet werden können, dennoch auf das Wesen, nemlich auf die wirkliche Aussage der Zeugen, Rücksicht genommen werden solle.

Ueberhaupt müssen die Förmlichkeiten, welche die Gesetze zu Erwerbung eines Rechts vorschreiben, von denen unterschieden werden, welche dem Richter, damit der Zweck des rechtlichen Processes desto besser erreicht werde, sind gegeben worden. Jene Förmlichkeiten sind Bedingungen, an deren Beobachtung die Erwerbung, oder der Verlust des Rechts gebunden ist. Wer z. B. bey Testamenten und Verträgen die vorgeschriebene Form nicht beobachtet, muß es sich auch gefallen lassen, daß seine Willenserklärung die rechtliche Wirkung nicht erlange, welche er ihr beylegen wollte.

Wenn

Wenn aber dem Richter Regeln vorgeschrieben werden, so müssen diejenigen, ohne welche der Zweck der Handlung gar nicht erreicht werden kann, von denen unterschieden werden, welche nur zur Beförderung desselben dienen sollten. Jene sind die wesentlichen, die bey keiner Art der Processe ohne Nichtigkeit unterbleiben können; diese sind von der Beschaffenheit, daß die Parteyen zwar auf deren Beobachtung in gewissen Fällen dringen können; aber wenn der Richter aus Versehen diese Förmlichkeiten nicht beobachtet hat, so ist darum die Handlung nicht auf unheilbare Weise nichtig, welches auch schon daraus erhellet, weil diese Förmlichkeiten nicht bey allen Arten des Processes erfordert werden, welches doch seyn müßte, wenn ohne sie der wesentliche Zweck nicht erreicht werden könnte. Wenn also die Gesetze auf die Unterlassung solcher Förmlichkeiten nicht ausdrücklich den Verlust der rechtlichen Wirkung bestimmt haben, welches in dem vorliegenden Falle nirgend geschehen ist; so muß die Handlung zwar, wenn es möglich ist, und es die Lage der Sache leidet, oder wenn, kunstmäßig zu reden, noch res integra ist, die gesetzlich vorgeschriebene Förmlichkeit auf Verlangen des interessirten Theils wiederholet werden, aber es wird dadurch der Handlung diejenige rechtliche Folge, welche nach der Natur der Sache daraus fließet, nicht genommen.

Diese eben ausgeführte Lehre ist in l. 20. C. de testib. gegründet, und also nicht allein einer gesunden Rechtsphilosophie, sondern auch den positiven Gesetzen gemäß, weshalb auch das vorige Erkenntniß lediglich bestätiget worden, und Leuterant die durch das ergriffene Rechtsmittel wenigstens culpose verursachten Kosten allein tragen muß.

Was aber die durch das Ausbleiben des Leuteranten im Prosecutions-Termine verursachten Kosten betrifft; so müssen sie deswegen verglichen werden, weil Leuterant durch das beygelegte Attest das vorgegebene Hinderniß nachgewiesen hat, und also hier ein Unfall eingetreten ist, weshalb jeder Theil die auf ihn kommenden Unkosten übernehmen muß.

Weshalb wir überall, so wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

IV.

1) Nützlichkeit der Kenntniß des ganzen Lebenslaufs eines Inquisiten.
2) Warum zuweilen, wenn auf Zuchthausstrafe erkannt worden, die Züchtigung nur am Anfange und nicht am Ende der Strafzeit erfolgen sollte.
3) Wie gegen gefährliche Verbrecher, welche aber des Hauptverbrechens nicht überführt sind, zu verfahren sey.
4) Besonders merkwürdige Art der einstweiligen Freysprechung.

An die Fürstl. Schönburg. Gerichte zu Schwarzenbach an der Saal.

Als dieselben uns die wieder den Nagelschmidtsgesellen Johann Simon Zuber, wegen Verdachts einer vorsätzlichen Brandstiftung, und anderer Vergehungen, verhandelte Untersuchungs-Acten, auch geführte Special-Inquisition, in drey anbey zurückkommenden Actenbänden abermals zugesendet, und sich des Rechten darüber zu berichten gebeten;

Demnach erachten ꝛc. Daß Inquisit, der Nagelschmidtsgeselle Johann Simon Zuber, wegen der verübten Diebstähle und Betrügereyen, mit einer dreyjährigen Zuchthausarbeit, nebst einer seiner Leibesbeschaffenheit angemessenen derben Züchtigung bey dem Anfange der Strafzeit, zu belegen,

in Ansehung der schuldgegebenen Brandstiftung aber die Untersuchung gegen denselben zwar vor der Hand einzustellen, die Acten aber, welche darüber verhandelt worden, aufzubewahren. Sollten nun künftig sich mehrere Anzeigen gegen den Inculpaten ergeben; so ergienge mit Rücksicht auf die in den Acten schon enthaltenen Beweismittel und Anzeigen, ferner, was sich zu Recht gebühret. Auch ist die Zuchthaus-Direction anzuweisen, auf diesen dem gemeinen Wesen gefährlichen Menschen ein wachsames Auge zu haben, dessen Aufführung während der Strafzeit genau zu bemerken, und bey Ablauf derselben dem Gericht davon Nachricht zu ertheilen, auch denselben nicht eher zu entlassen, bis deshalb von Seiten des Gerichts eine bestimmte Erklärung eingegangen ist. Haben sich nun nach abgesessener Zuchthausstrafe keine neuen Anzeigen, daß er sich der Brandstiftung schuldig gemacht habe, gefunden, und hat er durch sein Betragen im Zuchthause keinen Anlaß gegeben, seine Entlassung für gefährlich zu halten *); so ist derselbe auf freyen Fuß

*) Ich gestehe sehr gern, daß es schwer ist, von der ernstlichen Besserung eines Verbrechers im Zuchthause sich zu überzeugen, so lange bey der Einrichtung unserer Zuchthäuser nicht mehr Aufmerksamkeit darauf verwendet wird, als gewöhnlich geschieht. Aber in einigen Zuchthäusern, z. B. in Torgau und Brieg (Wagnitzens historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland, Th. 1. p. 237. 334.), wird doch schon vieles zu diesem Zwecke gewirkt. Ferner scheint es auch, als ob ein Mensch bloß deswegen, weil er noch keine Ueberzeugung von seiner Besserung gewirkt hat, nicht über die verdiente Strafzeit im Gefängniß gehalten werden könne. Allein in Fällen, wo ohnedies die Gesetze die Strafzeit nicht vorgeschrieben haben, und nicht haben vorschreiben können,

Fuß zu stellen. Gegen den Ablauf der Strafzeit sollen die Gerichte das Publicum durch öffentliche Blätter und Aushänge zur Anzeige der etwa gegen den Inquisiten ausgemittelten neuen Anzeigen der von ihm verübten Brandstiftung auffordern. Die Kosten der Untersuchung ist der Inquisit, so weit sein Vermögen dazu hinreicht, zu entrichten verbunden. V. R. W.

Geschichtserzählung und Gründe.

Zu Schwarzenbach an der Saal brach am 15 Nov. 1793. um $\frac{3}{4}$ auf 6 Uhr des Morgens ein Feuer aus, welches dem ganzen Orte den Untergang drohete, und, außer den bereits angebrannten und der Rettung wegen abgerissenen 6 Häusern und Stallungen, 3 Scheunen und verschiedene Nebengebäude wirklich verzehrte. Von Mobilien wurde, weil das Feuer schnell überhand nahm, und die mehresten Einwohner noch im Schlafe lagen, wenig gerettet, und die Begüterten haben dadurch ihre volle Erndten verlohren.

Das Feuer war zuerst von der Hofmannischen Dienstmagd, Elisabeth Marie Hofmannin, in

nen, hat der Verbrecher überhaupt kein Recht, zu verlangen, daß er nur eine gewisse Zeit hindurch eingesperrt werde, und er muß es als eine natürliche Folge seines bisherigen schlechten Lebenswandels ansehen, daß das gemeine Wesen zu seiner Sicherheit dergleichen Maaßregeln gegen ihn ergreifen muß. Auch ist es wol besser, der Willkühr der Zuchthaus-Inspectoren, welche doch durch die Zuchthausprediger und die vorgesetzte Behörde eingeschränkt ist, ausgesetzt zu seyn, als zur gemeinen Sicherheit aufgehenkt zu werden. Denn darin hatten doch unsere Vorfahren ohne Zweifel recht, wenn sie behaupteten, daß ein gehenkter Dieb nicht wieder stehlen könne.

in des Metzger Schödels Schuppen bemerkt worden. Nahe an diesen Schuppen stieß des Johann Nicol Becks Scheune, von welcher sich sodann die Flamme über dessen Haus verbreitete. Da der gegenwärtige Inquisit, der Nagelschmidtsgeselle Johann Simon Zuber, im gedachten Hause bisher gewohnet hatte, der Eigenthümer aber ihn nicht länger darin lassen wollte, erwähnter Zuber auch vor und nach dem Brande verschiedene verdächtige Reden hatte fallen lassen, so verbreitete sich sogleich das Gerücht, er sey es, der das Feuer angelegt habe.

Dies veranlaßte den in Schwarzenbach auf Urlaub sich befindenden preußischen Unterofficier Völkel, ihn deswegen zur Rede zu setzen. Weil er sowol dabey, als nachher bey seiner einer Flucht ähnlichen Entfernung, sich noch mehr verdächtig gemacht hatte; so wurde Inculpat in Verhaft genommen, und sowol wegen dieses als verschiedener anderer Verbrechen, welche bey dieser Gelegenheit sich gegen ihn ergeben hatten, zur Untersuchung gezogen, wie denn auch nach vorgängiger Acten-Versendung die Special-Inquisition gegen ihn eröffnet wurde.

Bey dem Special-Verhör zeigte Inculpat folgende Umstände an:

Inculpat geht ins 28ste Jahr seines Alters, ist zu Asch in Böhmen gebohren, evangelisch-lutherischer Religion, und mit einer Tochter des verstorbenen Nagelschmidts Schaaf zu Schwarzenbach an der Saal verheirathet, hat 3 Kinder von resp. 7, 4 und 1 Jahr, ist ohne Vermögen, und hat auch wenig zu hoffen.

In der Schule hat er nichts als Lesen gelernt, weil seine Mutter ihn, ihrer Krankheit wegen, zu Hause behalten hatte; indessen weiß er, daß Gott

ins

ins Verborgene sieht, und er versichert daher, daß er alle seine Vergehungen offenherzig gestehen, und sich künftig bessern wolle.

Er ist übrigens zum Abendmahl vorbereitet und zugelassen worden, und hat nach seiner Versicherung fleißig die Kirche besucht. Im dreyzehnten Jahre ist er zu dem Nagelschmidtmeister Thoma zu Asch in die Lehre gekommen, während der Lehrzeit und des Vierteljahres, in welchem er bey seinem Lehrmeister noch als Geselle gearbeitet haben will, gerieth er in den Verdacht des Diebstahls und der Betrügerey, er leugnet jedoch, daß er sich die Verbrechen, wegen welcher er in Verdacht gerathen war, habe zu Schulden kommen lassen; gestehet aber, daß er des Nachts ausgelaufen, und deshalb gezüchtiget worden sey.

Alsdenn wanderte er nach Wunsiedel, Bayreuth, Thurnau, Bayersdorf, Erlangen und Rotenburg an der Tauber, wo man ihn unter dem Thore als ein kaiserliches Landeskind angehalten, und in das Werbehaus gebracht haben soll. Er befand sich hierauf $5\frac{1}{2}$ Jahr in kaiserlichen Kriegesdiensten, als woher er sodann angeblich wegen verweigerten Urlaubs desertirte.

Er begab sich sodann nach Schwarzenbach an der Saale, woselbst er vorher auf Urlaub gewesen, und sein jetziges Eheweib geheirathet hatte. Von Schwarzenbach aus machte er einige Reisen in die Nachbarschaft, und beging dabey verschiedene Diebstähle und Betrügereyen. Nach seinem eigenen Geständnisse hat er, obgleich seine Frau nicht in den Wochen gelegen hatte, Gevattern gebeten, um Geld zu erpressen. Eben dieses that er auch im fremden Namen; wie er denn überhaupt dieses Gevatterbitten mehrmals wiederholet hat.

Auf seinen Reisen gab er sich für unverehlicht aus, dies that er unter andern auch auf seiner Reise von Berneck nach Bayreuth und Culmbach gegen eine gewisse Hausmännin, welche er, unter der Versicherung, daß er ein Haus zu Schwarzenbach besitze, und sie heirathen wolle, zum Beyschlafe, und zu Bezahlung der Zehrungskosten für ihn verleitete.

Er bekennt ferner, daß er mit einer gewissen Eiselin sich ebenfalls, als er schon verheirathet gewesen, fleischlich vermischt habe, und daß er bereit gewesen sey, diesen Ehebruch eidlich abzuleugnen, wobey jedoch zu bemerken ist, daß durch seine eigene Aussage ad Interrogator. 237. die Einlassung des Saamens nicht erfolgte, und die Eiselin selbst den Beyschlaf leugnete.

Auch räumet er ein, dem Meister Stöhr zu Schwarzenbach verschiedene Nägel entwendet, und für 8 bis 9 Groschen verkauft zu haben, imgleichen daß er ihm einen Hammer und ein Paar Schnallen gestohlen habe.

Ueberhaupt hat Inculpat bey allen Nagelschmidtsmeistern, bey welchen er in Arbeit stand, sich auch eines Nageldiebstahls schuldig gemacht, namentlich bey seinem Schwiegervater, und bey dem Meister Puchtler zu Gefrees, welchem er auch ein seidnes und ein baumwollenes Halstuch, wie er selbst gesteht, gestohlen hat. Daß er zu Hebanz im Amte Thiersheim ein baumwollenes Hemd und ein Halstuch entwendet habe, ist ebenfalls von ihm eingestanden worden.

Nicht minder gesteht er, daß er einen zu den Acten gekommenen französischen Calender, mit welchem

chem er selbst betrogen zu seyn vorgiebt, statt eines Zauberbuchs verkauft habe; wie auch, daß er sich kein Holz gekauft, sondern es aus dem Walde geholet, und einer gewissen Schardlin zwey Spältlein Schleißholz weggenommen habe.

Was die ihm schuldgegebene Brandstiftung betrifft; so hat er sich darüber folgendergestalt herausgelassen:

Es sey wahr, daß ihm die Wohnung, welche er in dem abgebrannten Johann Nicol Beckischen Hause gehabt, mehrmals aufgekündiget worden, und daß einige Tage vor dem unglücklichen Brande, seines Hausherrn Mutter zu ihm gekommen, und ihm das Ausziehen angekündiget, er aber darauf erwiedert habe, daß er nicht wie ein Frosch hinaushüpfen könne; wie er denn auch im Fuchsischen Bierhause sich habe verlauten lassen, der Beck wolle ihn hinaus haben; er ziehe aber nicht aus, denn es wäre ein neuer Befehl da, daß derjenige, der eine Stube zu vermiethen habe, bey hoher Strafe niemanden hinausthun dürfe.

Am Tage des ausgebrochenen Brandes sey er um 5 Uhr nebst seiner Frau aufgestanden; er habe sich sofort angezogen, und sey zu seiner Schwiegermutter in die Nagelschmidts-Werkstatt gegangen, in welcher ein alter Meister und sein Schwager gearbeitet hätten. Daselbst sey er ohngefähr um halb 6 Uhr angekommen. Als er etwas über eine Viertelstunde gearbeitet gehabt, habe sein Schwager zur Werkstattsthüre hineingeschrieen: Simon! laufe er, geschwind! über dem Wasser drüben ist Feuer. Er sey sogleich hingegangen, und habe gefunden, daß die neben seiner Behausung stehende Scheune schon gebrannt, und die Lohe gegen die Thür geschla-

schlagen habe. Kaum habe er seine Laden vor die Thür gebracht, und sey wieder hereingegangen, um seine Kinder und übrigen Sachen zu retten; so habe auch das Feuer schon so sehr überhandgenommen, daß er nicht mehr durch die Thüre habe kommen können, sondern sich und die Kinder habe zum Fenster heraus retten müssen.

Nachher habe er bey Löschung des Feuers mitgearbeitet, und habe sich sodann bey Voiten für einen Kreuzer Brandtwein geben lassen, und da habe ihn der preußische Unterofficier Völkel der Brandstiftung beschuldiget. Ueber diese unerwarteten Vorwürfe erschrocken, habe er nicht sogleich etwas zu antworten gewußt, aber nach einer kleinen Erholung habe er seine Unschuld bey Gott betheuert, und wäre sodann zu seinen hinter Voits Hause in die daselbst befindlichen Gärten geretteten Sachen gegangen. Dort habe er sich mit dem Schmidt Raithlein über die Allmacht Gottes unterhalten, und gesagt:

> Der junge Barthel Beck hat zu meiner Frau gesagt, daß er ihr die Fenster abheben wollte; jetzt hebet sie Gott ab. Wenn also Gott kommt, so gehet es dem Reichen wie dem Armen, und die Leute sind so garstig gegen einander.

Die erlittenen Vorwürfe haben ihn, wie er erzählet, so beunruhiget, daß er den Entschluß gefaßt habe, zu dem Schmidt Raithel zu gehen, und sich mit ihm darüber zu unterhalten. Als ihm aber die Frage vorgelegt wurde:

> warum er nicht den geraden Weg wieder zurück, sondern erst noch ein ganzes Stück hinaus,

aus, oberhalb des Fränkischen Gartens herum, und das Hühnergäßlein hereingegangen sey?

antwortet er sehr unwillig, er wisse gar nicht mehr, was er antworten solle, er wäre unschuldig, und man könne ja hingehen, wo man wolle; die von dem Unterofficier Völkel erlittenen Vorwürfe hätten ihn so außer der Fassung gebracht, daß er nicht mehr gewußt habe, was er thue. Er betheuert aber auch dabey, daß er die Absicht zu entweichen nicht gehabt habe.

Während des Brandes, erzählte Inculpat, habe er auch mit dem Weber Siefert, welcher ihn bey dem Hausherrn als einen schlechten Wirth geschildert hätte, gesprochen, und ihn gefragt: was er gerettet habe? Auf die Antwort, daß nichts von seinen Sachen gerettet worden sey, habe Inquisit ihm gesagt:

> Siehest du, wie garstig die Leute gegen einander sind! Wenn Gott straft, so sind wir alle gestraft.

Inquisit hat sich der Vertheidigung begeben, und es sind schon bey der General-Inquisition verschiedene Zeugen eidlich abgehört worden, von deren Aussagen unten ausführlich gehandelt werden soll.

Bey den Förmlichkeiten der Untersuchung ist um so weniger etwas zu bemerken, da ohnedies in Ansehung der Brandstiftung keine Strafe erkannt werden, und auch in Ansehung der übrigen Verbrechen nur eine willkührliche und keine Capitalstrafe erfolgen kann. Was die Sache selbst, und besonders die Wirklichkeit des Verbrechens betrifft; so ist der Brand selbst keinem Zweifel unterworfen,

indem die Umstände desselben zum Protocoll vom 16ten Nov. 1793. vollständig bemerkt worden.

Zweifelhaft ist es, ob der Brand vorsätzlich verursacht worden, oder zufällig entstanden sey; das Erstere wird dadurch wahrscheinlich, daß kein anderer Grund ausgemittelt werden kann; dagegen aber in der Beckischen Scheune ein Pack zusammengebrannt gewesene Lumpen, wie auch eine pechartige Masse, imgleichen eine zusammengeschmolzene Masse, nebst einer einer Zundröhre ähnlichen thonartigen Masse, sich vorfand.

Gedachte Materialien wurden auch von dem Inquisiten als solche, wodurch das Feuer wahrscheinlich angelegt worden sey, anerkannt; doch wollte er die eben gedachte zusammengeschmolzene Masse nicht für Nagelschmidts-Schlacken anerkennen. Nun scheint es zwar, als ob darum auf diese Brandmaterialien keine Rücksicht zu nehmen sey, weil, wie schon oben angeführt worden, der Ausbruch des Feuers zuerst in dem Schödelschen Schuppen bemerkt worden. Es läßt sich aber wohl denken, daß der Brandstifter, um seinen Zweck desto sicherer zu erreichen, in diesem Schuppen und in der Scheune zugleich Feuer angelegt habe.

Ueberhaupt ist es in den meisten Fällen unmöglich, außer dem Beweise, daß eine gewisse Person Feuer angelegt habe, einen besondern Beweis des Corporis delicti dahin, daß die Feuersbrunst vorsätzlich angelegt worden sey, beyzubringen. Vielmehr ist es genug, wenn nur das eingestandene, oder durch Zeugen bekundete Factum der vorsätzlichen Brandstiftung sich aus dem ganzen Zusammenhange der Umstände als wahrscheinlich ergiebt.

Met-

Meisters rechtl. Erkenntn. P. II. Resp. 69. n. 25. 26.
Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, B. 7. p. 44.

Hierzu kommt nun noch, daß ohnedies die ordentliche Strafe der Brandstiftung hier nicht Anwendung findet, und es schon aus dieser Ursache der Gewißheit des Corporis delicti nicht bedarf. Was den Thäter betrifft, so leugnet der Inquisit die That, und ist auch derselben nicht überwiesen worden. Daß sich unter den nebst den Acten eingesendeten Materialien eine den Nagelschmidts-Schlacken ähnliche Masse befindet, kann nur eine sehr entfernte Vermuthung rechtfertigen. Einen dringenden Verdacht giebt die Unzufriedenheit an die Hand, welche Inquisit über seine Austreibung aus der Wohnung vor, bey und nach dem Brande geäußert hat. Nun ist zwar die vorzüglich bedenkliche Aeußerung, deren der Johann Conrad Gemeinhard erwähnt hatte, durch die Aussage der Ottin, worauf die Ottin sich bezieht, nicht hinlänglich bestätiget worden. Dagegen hat Inquisit selbst die oben schon angeführten bedenklichen Reden gegen den Schmidt Raithel und den Weber Siefert selbst eingestanden, woraus wenigstens sein Widerwille gegen die durch Brand verunglückten Personen, und die Verbindung sich ergiebt, in welcher sich bey ihm die Veranstaltung des Brandes und die Austreibung aus der Wohnung befunden haben. Hiezu kommt noch, daß die Zeit seines Aufstehens und Gehens aus dem Hause mit der Entstehung des Brandes so genau zusammentrifft, und daß er sich nicht nur durch sein Benehmen gegen den Unterofficier Völkel, sondern auch durch sein fluchtähnliches Umhergehen, der That sehr verdächtig gemacht hat. Alle diese Vermuthungen reichen jedoch nicht

hin, etwas weiteres, als eine absolutionem ab instantia zu erkennen. Denn, was besonders sein Benehmen gegen den Völkel betrifft, so wird dies zwar von dem Völkel als entscheidend für Inquisitens Schuld angesehen; allein da es doch immer möglich bleibt, daß Schrecken über den Vorwurf einer nicht verübten Missethat, mit dem Bewußtseyn einer Schuld, die man gern verheimlichen möchte, verwechselt werde; so kann darauf so wenig als auf die Flucht, wenn sie auch der Inculpat im Sinne gehabt hätte, ein halber Beweis der Schuld gegründet werden, weil in diesem Falle die Flucht erst auf die vorgängige Bezüchtigung erfolgt wäre, und also durch die Furcht vor einem langwierigen unverdienten Arrest motivirt seyn könnte.

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 621.

Alle Anzeigen sind also zu gering, als daß sie eine außerordentliche Strafe der Brandstiftung veranlassen könnten.

Weil aber Inquisit eine dem gemeinen Wesen ganz vorzüglich gefährliche Person ist; so haben deshalb auch besondere Maaßregeln im Erkenntnisse bestimmt werden müssen. Denn sein ganzer Lebenslauf ist eine Kette von Verbrechen. Nicht genug, daß er eidbrüchig die kaiserlichen Kriegsdienste verließ, hat er auch nachher sich vieler Fälschungen schuldig gemacht, deren Geständniß oben schon ausgezogen worden. Dahin gehört das fälschliche Gevatterbitten in seinem und fremdem Namen; der Verkauf des Calenders als eines angeblichen Zauberbuchs; und die betrügerische Verführung der Weibsleute unter dem Vorgeben, daß er noch unverheirathet sey. Bringt man dabey den Ehebruch

und die zwar kleinen, aber beharrlich fortgesetzten Diebstähle in Anschlag; so kann eine dreyjährige Zuchthausstrafe, nebst einer der Leibesbeschaffenheit des Inquisiten angemessenen derben Züchtigung am Anfange derselben, für keine zu harte Strafe geachtet werden. Denn Fälschungen sowohl als Diebstähle pflegen nach dem Gerichtsbrauch mit mehrjähriger Zuchthausstrafe belegt zu werden.

Quistorp l. c. §. 361.

Es hat aber auch, da die Fälschungen sowohl als die Diebstähle nur Kleinigkeiten betreffen, und letztere zum Theil bloße Unterschlagungen anvertrauter Sachen sind, eine härtere Strafe nicht stattfinden können. Auf eine Züchtigung am Ende der Strafzeit ist deswegen nicht erkannt worden, weil Inquisit sich entweder, ohne daß neue Anzeigen der Brandstiftung sich gegen ihn ergeben hätten, während der Strafzeit so betragen hat, daß man kein Bedenken tragen kann, ihn freyzulassen, als in welchem Falle es hart und zweckwidrig seyn würde, ihn mit einer Züchtigung zu entlassen; oder Inquisit hat sich so aufgeführt, daß man durch dessen längere Einsperrung für die Sicherheit des gemeinen Wesens sorgen muß; oder es haben sich neue Anzeigen der Brandstiftung hervorgethan, als in welchem Falle sodann die Entlassung nicht erfolgen könnte.

Damit jedoch der gewöhnlich verfehlte Zweck der einstweiligen Freysprechung nicht vereitelt wird, war es nothwendig, zu bestimmen, daß gegen das Ende der Strafzeit von Seiten der Gerichte das Publicum zu näherer Anzeige des sich etwa in der

Folge ergebenden Verdachts aufgefordert werde. Nur so lange der Criminalproceß dauert, pflegt auch die Aufmerksamkeit des Publici auf den Inquisiten gerichtet zu seyn, und fast niemals wird eine durch einstweilige Freysprechung sistirte Untersuchung wieder erneuert, wofern nicht ein Zeitpunct bestimmt wird, bey dessen Eintritt der Richter der Sache von neuem seine Aufmerksamkeit widmen soll.

Da Inquisit unvermögend, aber doch an sich zu Tilgung der Kosten verbunden ist; so hat sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, so wie geschehen ist, erkannt werden müssen.

V.

In Sachen des Advocati fisci, Klägers, jetzt Querulanten, wider den Colonum Tüting, zu Engte, Beklagten, jetzt Querulaten.

In dieser Sache wurde angenommen, daß der, welcher auf seinem gewöhnlichen Wege zwar die Zollstraße, aber nicht die Zollstätte berührt, zum Zolle nicht verpflichtet sey. Die Gründe waren folgende:

An die Lands und Justiz-Canzley zu Osnabrück.

Es stimmen alte und neue Rechte und Gewohnheiten mit einander überein, daß der, welcher auf seinem gewöhnlichen Wege zwar einen Theil der Zollstraße, aber nicht die Zollstätte selbst passirt, die Zollabgaben zu entrichten nicht schuldig sey.

Sachsen-Spiegel Lib. II. art. 27.
Preuß. Gesetzbuch P. II. Tit. XV. §. 112.

Nun kann zwar nicht behauptet werden, daß die angeführten Schriften im gegenwärtigen Falle als Gesetze gelten könnten, aber sie zeigen doch von einer in Deutschland herrschenden Observanz, welche um so mehr dafür gelten muß, da es in dem Begriff des Zolles selbst liegt, daß er für den Gebrauch des Zollweges entrichtet werde; ein Weg aber, welcher den Zollweg nur in wenigen Puncten berührt, nicht für den Zollweg selbst gehalten werden kann, wofern nicht sonst ein anderes erhellet.

VI.

1) In wie fern ein den Kindern von dem Vater bestimmtes Vermächtniß, wenn diese den Anfall nicht erleben, an deren Kinder falle.
2) In wie fern das richterliche Amt bey Fehlbitten eintrete.

An die Gräflich-Reußischen Gerichte zu Schlaiz.

Als die Herren uns eingewandte gegenseitige Leuterung, deren Fortsetzung und übrige rechtliche Verhandlungen, in Erbschaftssachen des Andreas Ressig, Besitzers der Ober-Möser-Mühle bey Göschitz, und der Marien Sachsin zu Ober-Böhmsdorf, Klägere und respective Leuteranten und Leuteraten, an einem, wider den Hans Thomas Körner, Eve Marie Oertelin und Anne Rüdigerin zu Göschitz, Lössau und Förthen, Beklagte und respective Leuteranten, am andern Theile, in einem anbey zurückkommenden Actenbande zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen zu befinden, daß das vorige unter dem 28sten September 1793. eröffnete Erkenntniß dahin zu ändern, daß es in Ansehung des mit eingeklagten Antheils an dem in der Klage näher beschriebenen Hause des in gedachtem Erkenntnisse den Klägern eröffneten Beweises nicht bedürfe, vielmehr die streitige Stelle des väterlichen und respe-

ctive

ctive großväterlichen Teſtaments dahin zu deuten, daß unter den ſämmtlichen Kindern, auf welche das Haus nach der Mutter Ableben fallen ſoll, auch die Enkel, mithin auch die Kläger und Klägerinnen zu begreifen, und dieſen zuſammengenommen der vierte Theil an gedachtem Häuslein gebühre; übrigens aber das vorige Erkenntniß zu beſtätigen, und die bisher aufgelaufenenen Koſten gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

Gründe.

Hans Thomas Körner, Amtsſchulze zu Göſchütz, errichtete nebſt ſeinem Eheweibe Annen Chriſtinen, gebohrnen Riedelin, ein wechſelſeitiges Teſtament, worin er ſeine Kinder

1) Hans Thomas Körner,
2) Marien Eliſabeth, Hans Reſſigs in der Möſer-Mühle,
3) Even Marien, Adam Oertels, Wagners zu Löſſan, und
4) Annen, Hans Thomas Rüdigers zu Föhrten Eheweiber,

zu ſeinen Erben einſetzte, und dann folgendes verfügte:

> Endlich ſolle aller Disponentens Hausrath, bis nach mehrgedachter Wittwe Tode, in deren Häuslein zu deren Gebrauch verbleiben, nach deren erfolgtem Abſterben aber an des Defuncti drey Töchter, das Häuslein ſelbſt aber an deſſen ſämmtliche Kinder fallen.

Die unter Nr. 2. gedachte Tochter, der Klägere und Klägerinnen Mutter, erlebte zwar den Tod ihres Vaters, aber nicht den Todesfall ſeiner

Wittwe, und es weigerten sich daher die Beklagten, ihre jetzt klagende Kinder an dem Hausrath und an dem Hause Antheil nehmen zu lassen, indem sie behaupteten, daß hier ein legatum ex die vorhanden sey, dessen Anfall die Klägere und Klägerinnen nicht erlebt hätten, wogegen diese vorstellten, es sey hinreichend, daß ihre Mutter den Erbanfall erlebt hätte, und daß nunmehr sie, als deren Kinder, an ihre Stelle getreten wären.

Nach verhandelter Sache sprach der Schöppenstuhl zu ** den Klägern zwar einen Antheil an dem Hausrathe zu, aber nicht an dem Hause; doch wurde ihnen in Ansehung desselben der Beweis darüber, daß das Haus dem Testator eigenthümlich zugestanden, oder er solches mit seinem Gelde bezahlt habe, nachgelassen.

Gegen dieses Erkenntniß haben beide Theile das Rechtsmittel der Leuterung ergriffen. Was besonders den Hausrath betrifft, so halten sich Beklagte dadurch für beschwert, daß den Klägern ein Antheil daran zuerkannt worden. Nun führen sie zwar an, daß hier ein legatnm ex die vorhanden sey, welches nur denen, welche die Zeit des Anfalls erlebten, zu statten kommen könnte.

Westphals Rechtsgutachten B. 2. Nr. 70. p. 160. sq.

Allein in Ansehung des Hausraths ist es klar, daß er einen Theil der der klägerischen Mutter bereits angefallenen Erbschaft ausmachte, daß also das Eigenthum desselben schon auf die Erben, mithin auf klägerische Mutter übergegangen war, und nur die Nutzungen durch den der Wittwe eingeräumten Nießbrauch suspendiret worden; woraus sich also ergiebt, daß das dieserhalb von Seiten der Beklag-

ten eingewandte Rechtsmittel verworfen werden mußte. Streitiger ist die Frage: ob den Klägern auch an dem Hause ein Antheil gebühre? Die Mutter der Kläger hatte den Tod der Wittwe nicht erlebt, und es scheinet also, als ob sie auch das ihr eben deswegen nicht angefallene Haus auf ihre Kinder, die jetzigen Klägere, nicht habe vererben können, weil eine ungewisse Zeit, wie der Tod der Wittwe war, einer Bedingung gleich zu achten ist.

Dies incertus conditionem in testamento facit.

l. 75. de condit. et demonstr.

Von dieser Regel wird zwar eine Ausnahme gemacht, wenn die Zeit nicht sowohl dem Vermächtnisse selbst, als nur dessen Auszahlung, beygefügt ist.

Westphal, von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. I. Cap. IV. §. 588.

Es muß aber klar erhellen, daß das Recht selbst schon vor dem Eintritte der Zeit erworben sey. Dies war in Ansehung des Hausraths der Fall, welcher einen Theil der Erbschaft ausmachte, und nur während des Lebens der Wittwe mit der Servitut des Nießbrauchs beschweret war. Eben dieses aber glaubt der Schöppenstuhl zu ** in Ansehung des Hauses nur alsdenn annehmen zu können, wenn das Haus zu der Verlassenschaft des Testators gehört hätte; da hingegen, wenn es als ein Eigenthum der Wittwe betrachtet werden müsse, es erst nach ihrem Tode seinen Kindern als Legatariis zufallen konnte, weil auch fremde Sachen der Gegenstand eines Vermächtnisses seyn können. Nun behaupten zwar die Kläger ihrer Seits, daß es eines Beweises, daß das gedachte Haus dem Testator gehört habe, darum nicht bedürfe, weil er als Ehe-

mann

mann die Vermuthung, daß er Eigenthümer desselben sey, für sich habe, wogegen Beklagte sich nicht nur auf die Worte des Testaments beziehen, in welchen das Haus als der Wittwe zugehörig bezeichnet wird, sondern auch auf einen zu den Acten gebrachten Kaufbrief. Da die Kläger in Ansehung der Frage:

wem das Haus gehöre?

so viel Gründe wider sich haben; so werden sie sich allein darüber, daß ihnen der Beweis der entgegengesetzten Behauptung aufgelegt worden, mit Grunde nicht beschweren können; vielmehr ist es noch sehr zweifelhaft, ob ihnen nicht bey den klaren Worten des Testaments und Kaufbriefes dieser Beweis hätte abgeschnitten werden sollen. Es kommen jedoch den Klägern folgende rechtliche Gründe zu statten: Die Regel, daß der Legatarius, welcher die im Testamente bestimmte Zeit nicht erlebet, es auch auf seine Nachkommen nicht vererben kann, leidet mehrere Ausnahmen, welche auch Westphal in seinen rechtlichen Gutachten

No. 70. p. 153. sq.

näher ausgeführt hat. Besonders giebt die nahe Verwandtschaft mit dem Erblasser einen Grund ab, anzunehmen, daß das Vermächtniß auch den Erben des Eingesetzten bestimmet sey.

l. 46. ff. ad SCt. Tevell.

Nun kann zwar dieser Grund mit Zuverlässigkeit nur alsdenn angenommen werden, wenn ein Fremder das Vermächtniß oder Fideicommiß zum Nachtheil eines Anverwandten gewinnen würde.

Huber Praelect. ad ff. Lib. 36. Tit. 3. n. 4.

Allein im gegenwärtigen Falle bedarf es nicht einmal einer Vererbung des Legats auf die Klägere,

um

um ihnen einen Antheil an dem vermachten Hauſe zuzugeſtehen. Der Teſtator hat ſich des Ausdrucks Kinder bedient, um diejenigen zu bezeichnen, welche das Haus nach der Wittwe Tode haben ſollen. Nun werden aber unter dieſen Worten die Nachkommen überhaupt, und alſo auch die Enkel begriffen.

l. 220. de V. S.
Hommel Rhapſod. Obſ. 563.

Es iſt zu vermuthen, daß ein Vater nicht nur ſeine eigenen Kinder, ſondern nach ihrem Tode auch ſeiner Kinder Kinder habe bedenken wollen. Dieſe Vermuthung iſt ſo ſtark, daß ſogar das Teſtament durch nachgebohrne, aber darin nicht gedachte Kinder ſeine Wirkſamkeit verliert. In Anſehung der Vermächtniſſe, welche den Enkeln erſt nach der Kinder oder anderer Verwandten Tode zufallen ſollen, kann zwar dieſe Wirkung nicht eintreten, man muß jedoch annehmen, daß dieſe von demjenigen Vortheile nicht haben ausgeſchloſſen werden ſollen, welchen ihre Eltern, wenn ſie noch lebten, erhalten haben würden. Daß alſo den Klägern ein Antheil an dem vermachten Hauſe nicht entzogen werden kann, iſt daher an ſich unzweifelhaft; nur ſcheint hier das Bedenken obzuwalten, daß Kläger ſelbſt von dieſem Grunde nicht Gebrauch gemacht, und nur darauf angetragen haben, daß ſie von der Laſt des ihnen im vorigen Erkenntniſſe aufgelegten Beweiſes befreyet werden möchten. Allein die Regel: judicem non impertiri officium in cauſis civilibus, niſi imploratum, verbietet dem Richter zwar, ſich ohne daß ſeine Hülfe wäre nachgeſuchet worden, in die Angelegenheiten der Parteyen zu miſchen; doch kann er, wenn ſeine Hülfe geſucht worden, den

Acten

Acten gemäß, auch mehr, als gebeten worden, verfügen.

l. un. c. ut quae desint advocatis partium judex suppleat.

Nun haben aber Kläger nicht nur gebeten, daß ihnen der vierte Antheil an dem streitigen Hause zugesprochen werden möchte, sondern sie haben auch gegen das vorige Erkenntniß, welches ihnen noch erst einen Beweis deshalb aufgelegt hatte, eben deswegen das Rechtsmittel der Leuterung ergriffen, so daß also die Rechtskraft des vorigen Erkenntnisses ihnen nicht entgegensteht.

Weil jedoch Beklagte viele Gründe vor sich hatten, und ihnen ihr Widerspruch nicht einmal als ein leichtes Versehen zugerechnet werden kann; so mußte die Vergleichung der Kosten eintreten.

Aus diesen Gründen sind wir, so wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

VII.

Der Pastor Oberfeld hatte, angeblich in der Absicht, bey dem über seines Vaters Vermögen ausgebrochenen Concurs seiner Mutter einen Vortheil zu verschaffen, an diese seine Mutter einen Schuldschein über 80 Rthlr. ausgestellt, ob er gleich den Werth des Schuldscheins nicht erhalten zu haben behauptete.

Als in der Folge auch über der Mutter Vermögen Concurs ausbrach, und von vorgedachter Verschreibung gegen ihn Gebrauch gemacht wurde, trat er zuletzt auch mit dem Einwand hervor, daß der Schuldschein nur zum Schein ausgestellt wäre. Diese Einwendung aber wollte der zu seiner Mutter Creditwesen bestellte Contradictor nicht gelten lassen, und hierdurch wurde das nachstehende Erkenntniß veranlaßt.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dessen Rechtfertigung, dagegen eingereichte Exceptionsschrift, und übrige in 3 Voluminibus und einem Paquet Actenstücken ergangene gerichtliche Verhandlungen des Pastoris Heinrich Friedrich Oberfeld zu Prezelle, Beklagten, jetzt Imploranten an einem, wider den zu der Witt-

Nach Wolfenbüttel an die Justiz-Canzley daselbst.

wen

wen Oberfeld Creditwesen bestellten Contradictorem, Canzley-Advocat Hantelmann, Klägern, jetzt Imploraten am andern Theile; Erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische zur Justiz-Canzley verordnete Director und Räthe zu Wolfenbüttel, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Daß es, des eingewandten Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ungeachtet, bey dem vorigen Erkenntnisse vom 2ten September 1793. lediglich sein Bewenden behalte, auch Implorant die Kosten des verzögerten Processes allein zu tragen, und dem Gegentheil zu erstatten schuldig sey; es könnte und wollte denn Implorant seine Einwendung:

daß er die besagten 80 Rthlr. wirklich nicht erhalten, und sich nur zum Schein als Schuldner seiner Mutter angegeben habe,

binnen Ordnungsfrist, des Imploraten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht erweisen, als worauf sodann ferner erginge, was sich zu Recht gebühret; auch bleiben dem Imploraten wegen des durch die Ausstellung des falschen Schuldscheins der Massae zugefügten Nachtheils seine Ansprüche gegen den Imploranten in separato vorbehalten. V. R. W.

Gründe.

Denn es gewinnt zwar das Ansehen, als hätte das vorige Erkenntniß lediglich bestätiget werden müssen, weil Beklagter, jetziger Implorant, die Schuld der 80 Rthlr. nicht nur in dem vor mehr als 2 Jahren ausgestellten Schuldscheine, sondern auch gerichtlich eingestanden hätte, und die eigene

Er-

Erzählung, worauf er nun den Widerruf seines Schuldbekenntnisses gründet, das Geständniß einer begangenen Fälschung in sich schließt. Allein in Betreff der nach Ausstellung des Schuldscheins abgelaufenen zweyjährigen Frist ist es, obgleich Hommel

in Rhapsod. Obs. 250.

und Berger

in Elect. Disc. Forens. T. XI. Obs. 4.

das Gegentheil behaupten, dennoch nicht nur der Römischen Rechts-Theorie,

Theophili Paraphrasis Inst. Lib. III. Tit. 22.
Voet. ad ff. Lib. XII. Tit. 1.

besonders aber l. 6. §. 3. C. de non num. pecun. sondern auch dem Gerichtsbrauch gemäß,

Pufendorf observat. 65. Tit. 1.
Mevius P. Ib. Dec. 22.
Madihn de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae earumque usu in foris nostris cessante. Halae 1760.

daß nach Ablauf der gedachten Frist der Beweis, daß das Geld, worüber der Schuldschein ausgestellt worden, nicht bezahlt sey, annoch zugelassen werden müsse; denn wenn auch schon, zufolge Nov. 136. cap. 6., die Eideszuschiebung ausgeschlossen, und nach l. 14. pr. et §. 3. C. de non numerat. pecun. weder querela, noch exceptio non numerat. pecun. nach Ablauf zweyer Jahre weiter stattfinden soll; so wird doch der ordentliche Beweis nicht ausgeschlossen; wie denn auch nicht angenommen werden kann, daß es der Wille des Gesetzgebers gewesen sey, daß nach Ablauf der gedachten Frist von dem einen Extremo, daß die

Handschrift gar nicht beweise, sogleich auf das andere Extremum, daß dagegen kein Gegenbeweis zugelassen werde, übergegangen werden solle, wobey noch das Ansehen der oben angeführten gleichzeitigen Paraphrase in Rechnung gebracht werden muß. Ferner mangelt auch dem gerichtlichen Bekenntnisse die l. 6. §. 3. de confess. bestimmte Eigenschaft, und wenn Leyser

in Medit. ad ff. Spec. 473. Med. 9. 10. 11.

den Widerruf eines wissentlich gethanen falschen Bekenntnisses nicht zulassen will, so denkt er sich dabey einen ganz andern Fall, und gründet seine Meinung auf die Lehre von Bezahlung eines Indebiti, dehnt also die Gesetze ohne hinlänglichen Grund auf andere, als die darin bestimmten Fälle aus. Nach der Natur der Sache kann das Bekenntniß nicht als ein neuer Grund der Verbindlichkeit, sondern nur als ein Beweis derselben, gelten.

Wenn also das Gegentheil dessen, was bekannt worden, klar ist, so kann auch auf den Inhalt des Bekenntnisses nicht weiter Rücksicht genommen werden; wozu noch kommt, daß das Bekenntniß im gegenwärtigen Falle nicht unter solchen Umständen geschehen war, daß man dabey einen Vergleich, die 80 Rthlr. zahlen zu wollen, voraussetzen könnte. Was aber den Umstand betrifft, daß nach der eigenen Erzählung des Beklagten ein Falsum vorhanden seyn würde; so kann doch deswegen eine unrichtige Schuld nicht für richtig angenommen werden, sondern es entsteht daraus nur die Verbindlichkeit zur Entschädigung des Hintergangenen.

Dabey wird aber 1) die Existenz eines Schadens, und 2) daß derselbe durch das Falsum entstanden sey, vorausgesetzt, beides aber ist im gegenwärtigen Falle noch nicht nachgewiesen. Eben so wenig kann aber auch die gegenseitige Erzählung, ob sie gleich durch die Beylage X. unterstützt wird, für richtig angenommen werden, da Implorat sie in seiner Exceptionsschrift geleugnet hat.

Sollte daher Implorant seine Angabe zu beweisen nicht im Stande seyn, so würde das vorige Erkenntniß lediglich bestättiget werden müssen.

Weshalb wir überall so, wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

VIII.

Kann aus einem Gesetze executivisch geklagt werden?

An die Schortmannischen Gerichte zu Buttelstädt.

In Sachen des weiland Cammer- und Domherrn, Herrn Johann Heinrich von Helldorf auf Schwerstedt, jetzt dessen Erben, des Herrn Stiftshauptmanns zu Wurzen, Ferdinand Heinrich von Helldorf, und des Herrn Cammerjunkers Heinrich Anton von Helldorf, als dermaligen Besitzers des Ritterguthes Schwerstedt, Leuteranten an einem, wider die Gemeinde Nermsdorf am andern Theile, wurde das vorige Jenaische Urtheil, gegen welches das Rechtsmittel der Leuterung war ergriffen worden, von der Hallischen Juristen-Facultät bestätigt.

Von der Geschichtserzählung ist nur Folgendes hier zu bemerken.

Klagende Gutsbesitzer forderten von der beklagten Gemeine die höchsten im Gesetz erlaubten Zuschreibegebühren, und wählten dazu den Weg des executivischen Processes. Die beklagte Gemeine bestritt die Zulässigkeit dieser Proceßart in diesem Falle. Die auf diesen Gegenstand sich beziehenden Gründe waren folgende.

Soll der Executiv-Proceß stattfinden, so muß nicht nur der im Gesetze enthaltene Obersatz, sondern auch die Thatsache, welche unter jenem Obersatze subsumirt worden, aus den beygebrachten Urkunden erhellen.

Es muß also dadurch nicht bloß eine allgemeine unter gewissen Voraussetzungen eintretende, sondern

den

den Beklagten insbesondere betreffende Verbindlichkeit sogleich klar gemacht werden. Nur diejenigen Schriften also, welche zum Beweise einer Thatsache dienen, können als Urkunden, aus welchen eine Executiv-Klage erhoben werden kann, betrachtet werden.

Im gegenwärtigen Falle wird die Klage auf eine gesetzliche Verordnung, und also nicht auf eine Urkunde gegründet, welche unter der Benennung klarer Briefe und Siegel begriffen werden könnte. Wenn man daher auch wider die Meinung Hommels,

Rhapsod. Obs. IV.

mit Danz

in den Grundsätzen des summarischen Processes §. 30.

und Leyser

in medit. ad ff. Spec. 381. Med. 2. sq.

annehmen wollte, daß bey dem executivischen Processe nicht eben ein Vertrag zum Grunde liegen müsse; so würde doch immer ein specieller Verpflichtungsgrund am Tage liegen müssen. Richtiger ist also die Bergerische Meinung,

Elect. Proc. Execut. §. 35.

daß aus dem Gesetz allein keine Executiv-Klage angestellt werden könne.

Hierzu kommt noch, daß im gegenwärtigen Falle das Gesetz selbst, wo nicht wider die Leuteranten, doch wenigstens zweifelhaft ist. Denn die Herzogl. Verordnung vom 8ten Aug. 1768. §. 4. scheint nur den höchsten Satz der Ab- und Zuschreibe-Gebühren zu bestimmen, indem sie sagt:

> Die Ab- und Zuschreibe-Gebühren selbst anlangend, ordnen, befehlen und wollen Wir, daß zu Abstellung aller bisherigen Mißbräuche und Beschwerden von nun an, bey allen Ver-

erbungen, Kauf, Tausch- und andern sich zutragenden Veränderungsfällen von einem jedem Item nicht mehr als Ein Groschen Vier Pfennige Ab- und eben so viel Zuschreibe-Gebühren, und zwar ohne Absicht auf die Anzahl der Erben, Käufer und Verkäufer, nur einfach entrichtet, und alle dawider etwa eingeführte Gewohnheiten, Observanzien und darauf erlassene Verfügungen hierdurch gänzlich und durchgängig abgeschafft seyn, und keine sportulsüchtigen Einnehmer sich in fraudem legis mit denen Erb-Zins-Leuten, und Steuer-Contribuenten, über die Ab- und Zuschreibe-Gebühren zu vergleichen, bey Cassation des Vergleichs und über diesen noch erfolgender Strafe nachgelassen.

Dies ergiebt sich besonders aus der Erwähnung der bisherigen Mißbräuche und Beschwerden, welche wohl nur in der Erhöhung der Gebühren bestanden haben können, und aus den Worten:

Nicht mehr als Ein Groschen Vier Pfennige.

Es kann also nicht angenommen werden, daß dadurch die Entrichtung niedrigerer Gebühren, wie sie vorher üblich gewesen, habe ausgeschlossen werden sollen, und die Observanz, zufolge welcher dennoch eine entgegengesetzte Auslegung dieses Gesetzes hergebracht seyn soll, ist keinesweges klar gemacht worden; so daß also auch in dieser Rücksicht der executivische Proceß unstatthaft gefunden werden mußte.

IX.

Der von dem Schneidermeister Eberius zu Dessau an dem Scharfrichtersohn Hoffmann verübte Todtschlag.

An das Justiz-Amt zu Dessau.

Als der Herr uns die wider den dasigen Schneidermeister Carl Eberius jun. wegen Tödtung des Scharfrichtersohns Carl Gottlob Hoffmann geführten Untersuchungs-Acten nach vorgängiger Einholung eines medicinischen Gutachtens abermals zugesendet ꝛc.

Daß Inculpat, der Schneidermeister Carl Eberius jun. zu Dessau, wegen der dem Scharfrichterssohne Carl Gottlob Hoffmann zugefügten zufällig tödtlichen Kopfverletzung, mit dreyjähriger Zuchthausarbeit, jedoch mit Vorbehalt seiner bürgerlichen Ehre und Rechte, zu bestrafen, und die Kosten der Untersuchung zu tragen schuldig, derselbe aber des schon erlittenen Arrestes und des bisher geführten guten Lebenswandels wegen, wie auch in Rücksicht seiner 5 noch unerzogenen Kinder, welche unter dieser Strafe ihres Vaters unschuldig mit leiden, und vielleicht künftig dem Staate zur Last fallen würden, der Gnade der Durchlauchtigsten Landesherrschaft zu empfehlen sey. V. R. W.

Gründe.

Einem Wohllöbl. Hochfürstl. Anhaltischen Justiz-Amte zu Dessau wurde unter dem 14 Oct. 1792. angezeigt, daß am Abend des vorhergehenden Tages

bey einer zwischen dem Schneidermeister Carl Eberius jun. und dem Scharfrichtersohne Carl Gottlob Hoffmann entstandenen Schlägerey, letzterer vom erstern durch einen Schlag mit einem Leuchter gefährlich verwundet worden.

Am 19ten October desselben Jahres meldete der Amts-Chirurgus Schwabe, daß gedachter Hoffmann am vorhergehenden Abend zwischen 9—10 Uhr gestorben sey.

Es ward hierauf die gerichtliche Leichen-Oeffnung gehörig vorgenommen, und der inzwischen in Verhaft genommene Schneidermeister Eberius jun. zur General- und Special-Inquisition gezogen, auch gehörig vertheidigt. Da aber die Aerzte sich in ihrem Gutachten nicht getrauet hatten, zuverlässig zu bestimmen, ob die dem Verstorbenen zugefügte Wunde schlechthin oder nur zufällig tödtlich gewesen, auch der Umstand bedenklich war, daß diese Aerzte die Cur des Entleibten besorgt, die Kreisfügung (Trepanatio) aber unterlassen hatten; so veranlaßte dies die hiesige Juristen-Facultät, deren Erkenntniß in dieser Sache war erfordert worden, auf die vorgängige Einholung eines medicinischen Gutachtens hierüber zu erkennen, welches bey einer Hochlöbl. medicinischen Facultät in Wittenberg eingefordert wurde, und dahin ausfiel: daß die gedachte Kopfwunde nicht für absolut, sondern nur für zufällig tödtlich gehalten werden müsse, indem vorzüglich durch zeitigen Gebrauch des Trepans der Verstorbene vielleicht zu retten gewesen wäre.

Es steht also in Ansehung der Wirklichkeit eines begangenen Verbrechens soviel fest, daß der Scharfrichtersohn Hoffmann an den Folgen einer Kopfwunde gestorben, diese aber nur für zufällig

tödt-

tödtlich zu achten sey. Es bleibt also nur noch zu entscheiden übrig:

1) wer als Urheber der Wunde anzusehen?
2) wie weit dem Thäter seine Handlung zur Strafe zuzurechnen sey?

Was nun erstlich den Urheber der gefährlichen Kopfverletzung betrifft; so erhellet selbst aus dem eigenen Geständnisse des Inculpaten, und aus der Erzählung der Personen, welche bey diesem Vorfall gegenwärtig waren, daß es der Inculpat gewesen ist, welcher dem Hoffmann, als er sich eben nach dem Hute bückte, den gefährlichen Schlag mit einem eisernen Leuchter gegeben hat, und es kann also hierüber kein Zweifel übrig seyn. Es kommt daher jetzt die zweyte Frage zur Entscheidung: welche Strafe Inculpat verwirkt habe, welches aber wiederum davon abhängt, welche Absicht bey der Handlung des Inculpaten vorauszusetzen sey, und wie weit diese Handlung ihm zugerechnet werden könne?

Die Aussagen des Entleibten, des Inculpaten und der Zeugen kommen in folgenden Hauptumständen überein.

1) daß Inculpat, als er im Wirthshause zum goldenen Beutel in die Stube getreten, und den Hoffmann mit dem Stadtpfeifergesellen Müller beym Toccatillien-Bret sitzend angetroffen, beiden die Hand geboten, der Hoffmann sie auch anfangs angenommen, nachher aber, als er den Eberius erkannt, gesagt habe:

Du bist nicht werth, daß ich dir die Hand gebe.

Hieraus ist klar, daß der Verstorbene zu dem zwischen ihm und dem Inculpaten entstandenen Wortstreit die erste unmittelbare Veranlassung gegeben hat.

2) Beruht es zwar auf des Inculpaten eigenem Geständniß und der einmüthigen Aussage der Zeugen, daß Inculpat hierauf den Hoffmann geschimpft habe, sich auch, ohne um Erlaubniß zu bitten, des Lichts, wobey der letztere spielte, zum Anstecken der Tobakspfeife bedienen wollen. Es ist aber auch für gewiß anzunehmen, daß bey dieser Gelegenheit der Hoffmann mit einem eben solchen Leuchter, als womit er nachher den gefährlichen Schlag erhalten hat, nach dem Inculpaten geworfen habe. Hieraus ergiebt sich wenigstens soviel, daß auch der Hoffmann sich Thätlichkeiten gegen den Inculpaten erlaubet, und besonders den Gedanken, sich eines Leuchters zu solchen Thätlichkeiten zu bedienen, bey ihm veranlaßt habe. Es ist aber zweifelhaft:

a) ob nicht der Eberius die Thätlichkeiten durch einen Schlag nach dem Hoffmann eröffnet, und

b) ob Hoffmann mit dem geworfenen Leuchter den Eberius, und wohin, getroffen habe?

ad a) leugnet zwar der Eberius, daß er bey dem Streite über den Gebrauch des Lichts den Hoffmann geschlagen habe, und die benienten Zeugen haben von diesem Schlage nichts bemerkt. Allein da die Zeugen Heckert und Fergeland dies als ganz zuverlässig und eidlich bekundet haben, hiermit auch die Zeugen

gen Buhle und Weding übereinstimmen, und ihnen die Aussagen der übrigen Zeugen, welche nichts davon bemerkt haben, nicht widersprechen, auch bejahende Zeugen nach der richtigen Theorie des Leyser

Spec. 286. med. 1.

den allgemein verneinenden immer vorzuziehen sind; dagegen aber der Einwand des Inculpaten, daß die Zeugen das Herunterfallen des Lichts für eine Wirkung des Schlages gehalten haben könnten, wegen der Bestimmtheit ihrer Aussagen keine Rücksicht verdient; so müßte allerdings angenommen werden, daß Inculpat zwar nicht der Urheber des Wortstreits, aber doch der darauf erfolgten Thätlichkeiten gewesen.

ad b) ist zwar nur ein einziger Zeuge, Namens Weling, vorhanden, welcher fest versichert, daß der Eberius durch den gedachten Wurf ins Gesicht sey getroffen worden; auch steht ihm das Zeugniß des Heckert entgegen, welcher glaubt, daß der Wurf den Eberius nicht getroffen habe. Da sich jedoch dieser Zweifel auf eine bloße Vermuthung gründet, der Weling aber diesen Vorgang zuverlässig und bestimmt aussagt, und der Verstorbene selbst bekannt hat, daß er den Eberius getroffen habe, ob er gleich die Stelle nicht zu bestimmen weiß; so muß dies zum Vortheil des Inculpaten für wahr angenommen werden, zumal da dieser im Gesicht geblutet hat.

3) Ist es gewiß, daß hierauf ein Handgemenge vorgefallen sey; daß aber Inculpat erst einige Zeit nachher, als der Hoffmann sich eben entfernen

fernen wollte, ihm mit einem eisernen Leuchter den gefährlichen Schlag beygebracht habe. In Rücksicht dieser Thatsache kommen sämmtliche oben schon angeführte Zeugen-Aussagen überein. Es ist gewiß, daß dieser Schlag angriffsweise geführt wurde, und es kann nur zweifelhaft seyn, wodurch Inculpat zu diesem neuen Angriff bewogen wurde.

Es ist jedoch wahrscheinlich, daß Inculpat dadurch, daß er den Leuchter, mit welchem der Verstorbene nach ihm geworfen hatte, an der Erde liegen fand, und ihn auflangte, auf den Gedanken gekommen sey, mit eben diesem Leuchter demselben einen Schlag zu versetzen. Denn dieser Umstand wird nicht nur durch die Aussage des Zeugen Richter bestätiget, sondern ist auch nach der Beschaffenheit der übrigen Umstände wahrscheinlich. Nimmt man nun den vorher angeführten Umstand hinzu, daß der Eberius nach geendigtem Handgemenge das Blut in seinem Gesichte bemerkt hatte; so läßt es sich erklären, wie der Zorn nach schon geendigtem Handgemenge auf einmal zu einem so hohen Grad habe steigen können. Aus allen diesen Umständen zusammengenommen ergiebt sich, daß der gefährliche Schlag nicht durch einen vorher überlegten Vorsatz zu tödten, sondern nur durch einen kurz vorher gereizten Zorn veranlaßt worden. Nach der eigenen Erzählung des Entleibten ist zwar von seiner, nicht aber von des Inculpaten Seite ein Groll vorauszusetzen; denn jener war es, welcher sich durch eine, geraume Zeit vorhergehende, auf den Stand desselben sich beziehende Aeußerung für beleidigt gehalten hatte, und deswegen in die Worte ausgebrochen war:

das redet der Teufel aus dir.

Und

Und obgleich seit dieser Zeit der Eberius den Hoffmann, nach dessen Erzählung, nicht gegrüßt haben soll; so wird es doch aus allen Umständen wahrscheinlich, daß der Eberius willens gewesen, die ehemalige Freundschaft mit dem Hoffmann zu erneuern.

Dies ergiebt sich besonders aus der freundschaftlichen Art, mit welcher Inculpat dem Hoffmann die Hand bot, als wodurch aller Verdacht eines vorhergehenden bösen Vorsatzes entfernt wird; vielmehr ist klar, daß die verächtliche Art, mit welcher der Hoffmann diese Freundschaftsbezeugung erwiederte, einen gerechten Unwillen bey dem Inculpaten hervorbringen mußte. Hierdurch läßt sich nun zwar das nachherige Schimpfen und Schlagen nicht rechtfertigen, aber doch so weit entschuldigen, daß man dabey nicht eine boshafte heimtückische Rachsucht, sondern einen durch unverdiente Verachtung und schlecht erwiedertes Wohlwollen erregten Zorn, und einen daraus entstandenen Mangel der Besonnenheit voraussetzen muß. Es gewinnt sogar das Ansehen, als könne die Handlung als eine nothwendige Folge eines so gerechten Zorns dem Inculpaten gar nicht zugerechnet werden. Allein da der Zweck der Strafe eben dahin gerichtet ist, durch Erregung der einen Leidenschaft, nemlich der Furcht, die schädlichen Ausbrüche der zum Verbrechen einladenden Leidenschaft zurückzuhalten; so verdient die Meinung derjenigen den Vorzug, welche auch den höchsten Grad eines gerechten Zorns bey so schädlichen Handlungen, als der Todtschlag ist, nicht zur gänzlichen Abwendung, sondern nur zu Milderung der Strafe gereichen lassen.

Kreß.

Kreff. ad C. C. C. srt. 179. §. 3. p. 677.
Westphal in den Grundf. von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen Handlungen.

Nach der Meinung des Puffendorfs

de culpa cet. c. 3. §. 11. 12. p. 387. 388.

würde höchstens eine 5jährige Landesräumung denjenigen Todtschläger treffen, welcher von dem Entleibten zu einem gerechten Zorne gegen ihn gereizt worden. Nun kann zwar im gegenwärtigen Falle auch der Inculpat bey diesem Streite nicht für ganz schuldlos geachtet werden, weil er den Ausbruch der Thätlichkeiten durch Anzündung der Tobakspfeife bey dem besonders für den Entleibten bestimmten Lichte ohne vorgängige Bitte um Erlaubniß veranlaßt hatte, er auch wahrscheinlich derjenige ist, welcher die Thätlichkeiten durch den ersten Schlag eröffnet hat, mithin ein vollkommen gerechter Zorn um so weniger bey ihm vorausgesetzt werden kann, da der Entleibte schon im Begriff war, sich zu entfernen, und zu diesem Ende nach dem Hute griff. Allein es kommt hier dem Inculpaten zu statten, daß die Wunde nur zufällig tödtlich, und der Zorn durch Wahrnehmung des Bluts in seinem Gesichte, und des Leuchters, womit er den Wurf erhalten hatte, von neuem gereizt wurde, und daß eine Absicht, den Entleibten an den Kopf zu schlagen, nicht mit Gewißheit angenommen werden kann. Denn obgleich einige Zeugen mehrerer Schläge erwähnen, welche der Inculpat dem Entleibten beygebracht haben soll; so sagen doch eben diese Zeugen, daß die ersten Schläge auf den Rücken gefallen wären, und der letzte gefährliche Schlag deswegen den Kopf getroffen habe, weil der Entleibte, welcher sich nach seinem Hute bückte, sich wieder aufgerichtet und

sich

sich umgesehen hätte. Unter diesen Umständen läßt sich eine Absicht, den Entleibten auf den Kopf zu schlagen, um so weniger als gewiß voraussetzen, da der Zorn, er mag gerecht oder ungerecht seyn, doch immer das deutliche Bewußtseyn des Zwecks und der dazu schicklichen Mittel hindert. Ob nun also gleich der in den Acten beschriebene Leuchter allerdings von der Beschaffenheit war, daß ein damit auf den Kopf gerichteter Schlag für lebensgefährlich gehalten werden muß; so ist doch die vorsätzliche Richtung des Schlags nach dem Kopfe nicht erwiesen, und es kann also auch in dieser Rücksicht die in Art. 137. der P. H. G. O. auf einen Todtschlag aus Jähheit und Zorn gesetzte Strafe nicht eintreten. Da nun im gegenwärtigen Falle mehrere Umstände zusammenkommen, wovon jeder, für sich allein betrachtet, die ordentliche Strafe ausschließen würde, nemlich

1) daß die Wunde nicht schlechthin tödtlich gewesen,
2) daß auch die Absicht einer lebensgefährlichen Verwundung nicht angenommmen werden kann,
3) daß der Entleibte der Urheber des Wortstreits gewesen,
4) daß ein vom Entleibten selbst gereizter Zorn die Strafbarkeit der Handlung sehr mindert;

so hat nur eine gelinde Strafe rechtlich erkannt werden können. Zu allen diesen Milderungsgründen gesellen sich noch die in den Acten befindlichen Zeugnisse von dem guten Lebenswandel des Inquisiten, und die Menge der Kinder des Inculpaten, welche unter einer harten Strafe ihres Vaters unschuldi-

ger

ger Weise mit leiden würden, welche Umstände unter die rechtmäßigen Milderungsgründe gerechnet werden. Allein l. 7. §. 3. de bonis damnatorum, und l. 57. §. 1. de ritu nupt. und cap. 2. X. de his qui filios occiderunt, reden von ganz andern Fällen, und es kann dieser Umstand nur Anlaß zur Ausübung des Landesherrlichen Begnadigungsrechts geben. Der Richter muß sich streng an das Gesetz halten, und der zufällige Umstand, daß jemand viel oder wenig Kinder hat, kann die That an sich nicht verzeihlicher oder strafbarer machen;

Leyser ad ff. p. 597. med. 33.
Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 115.

wie denn auch der vorher geführte gute Lebenswandel nur ein Grund seyn kann, die Vermuthung einer bösen Absicht auszuschließen, keinesweges aber viel sonst verwirkte Strafe zu mildern. Nur die Rücksicht auf das gemeine Wohl kann diejenigen, welchen die Sorge dafür obliegt, berechtigen, die Strafe vermöge des ihnen zustehenden Begnadigungsrechts zu verwandeln oder zu mildern, wenn es klar ist, daß der Wunsch des Publici damit übereinstimmt, weil alsdenn die Besorgniß hinwegfällt, es dürfte in den Augen des über die willkührliche Ausübung des Begnadigungsrechts unwilligen Volkes das Ansehn der Gesetze geschwächt werden. Nur diese Besorgniß, nicht aber, wie Leyser

Spec. 597. med. 6.

irrig annimmt, ein absoluter göttlicher Befehl, die Todtschläger wieder zu tödten, hindert die Begnadigung außer den Fällen, wo der Wunsch des Publici damit übereinstimmt. Da nun aber diese Umstände von dem Urtheilsverfasser nicht beurtheilt wer-

werden können, noch dürfen: so erfordert seine Pflicht, nur die sogenannten mitigantia gratiae anzuführen, und sie höherer Beurtheilung zu überlassen. Im gegenwärtigen Fall, wo der Criminalproceß nicht ungebührlich verzögert worden, kann auch der bisherige Arrest des Inquisiten nicht als ein rechtlicher Milderungsgrund betrachtet werden, sondern er kommt nur in so fern in Betrachtung, als er einen Bewegungsgrund abgeben kann, die erkannte Strafe ganz oder zum Theil zu erlassen. Da endlich Inculpat durch seine strafbare Handlung die darauf erfolgte Criminalunterſuchung nothwendig gemacht hat; er also die dadurch verursachten Kosten tragen muß: so hat überall, wie geschehen ist, erkannt werden müssen.

X.

Gutachten der theologischen und juristischen Facultät zu Halle über das landesherrliche Dispensationsrecht bey Ehen zwischen dem Stiefvater und der Stieftochter.

Nach Eisenach, an den Fürstl. Sächs. Eisenachschen Rath und Cammerconsulenten, Hrn. Schellhaß.

Als der Herr uns eine Geschichtserzählung nebst einer Frage zugesendet ꝛc.

Es ist der dasige Kaufmann, Hr. Johann Albert Merkel, welcher sich bereits in seinem 52sten Jahre befindet, von seiner im August 1793. verstorbenen Ehefrau auf dem Sterbebette gebeten worden, bey den Stiefkindern treulich zu halten; und es hat sich derselbe aus Achtung gegen den sanften Character seiner 39jährigen Stieftochter, und aus zärtlicher Vorsorge für die beiden übrigen Stiefkinder, ohne alle Nebenabsichten entschlossen, diese seine älteste Stieftochter zu heirathen. Hierbey ist zu bemerken, daß aus der durch den Tod getrennten Ehe kein Kind erzeugt worden, als ein im Jahre 1777. im 6ten Jahre seines Alters verstorbener Sohn. Beide Theile sind innige Verehrer der christlichen Religion, und fühlen sich von der christlichen Sittenlehre durchdrungen, aber sie empfinden dennoch nichts von dem sogenannten natürlichen Abscheu gegen diese Art der ehelichen Verbindung, und waren

ren daher der Meinung, daß die ansehnliche Geldsumme, welche sie für die Ertheilung der Dispensation zu erlegen im Stande wären, als eine damit verbundene Schwierigkeit die Hoffnung zu ähnlichen Dispensationen, und also auch den daraus etwa zu besorgenden Nachtheil haben würde. Sie haben daher bey dem Hochfürstl. Eisenachschen Oberconsistorio ein Dispensations-Gesuch angebracht, sind aber damit abgewiesen worden.

Da nun gedachter Herr Merkel dennoch nicht alle Hoffnung aufgiebt, daß des gnädigst regierenden Herrn Herzogs Hochfürstl. Durchlaucht die angesuchte Dispensation, wenn deren Zulässigkeit gezeigt werden könnte, gnädigst zu bewilligen geruhen würden; so wird gefragt:

ob die oben beschriebene Sache ein Dispensationsfall werden könne?

Nun ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß die Mosaischen Gesetze nicht mehr als Gesetze gelten, und also dadurch das landesherrliche Dispensationsrecht nicht eingeschränkt werde. Denn obgleich zwischen den in der moralischen Natur des Menschen und den in der National- und Staatsverfassung der Juden gegründeten Mosaischen Gesetzen ein Unterschied stattfindet;

J. H. Boehmer, Tit. IV. Lib. IV. Tit. XIV. §. 52.
Schotts Einleitung in das Eherecht §. 49.

so wird doch durch eben diesen Unterschied, wenn er dazu dienen soll, die noch gültigen Gesetze von den andern auszusondern, die positive Eigenschaft derselben gänzlich aufgehoben, so daß sie nur als natürliche Gesetze verpflichten.

Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, L. 2. §. 12. 13.

Dies ist auch die Ursache, warum diejenigen Rechtsgelehrten, welche sich vorzüglich mit Aufsuchung der ersten Gründe des Kirchenrechts beschäfftiget haben, geradezu behaupten, daß die Mosaischen Gesetze nicht als Gesetze verpflichten.

Christiani Thomasii vollständige Erläuterung des Kirchenrechts, Cap. 10. §. 4.
Schnauberts Grundsätze der Protestanten in Deutschland, §. 61.

Daher haben außer den gleichgenannten Schriftstellern

Thomasius l. c.
Schnaubert l. c. §. 245. not. 6.

auch noch

Joh. H. Boehmer l. c. §. 56.
Hommel Rhapf. Obf. 93. u. a. m.

das uneingeschränkte Dispensationsrecht der protestantischen Fürsten anerkannt.

Es bleibt also der Beurtheilung des Landesherrn überlassen, in wie fern er die Mosaischen Eheverbote einschränken, oder davon dispensiren wolle.

Nun könnte es zwar scheinen, als ob in diesem Falle die Dispensations-Befugniß durch das Naturrecht eingeschränkt würde. Allein einestheils kann das Naturrecht, in so fern es die Wissenschaft derjenigen Rechte ist, welche mit Gewalt behauptet werden dürfen, und nicht mit der Moral verwechselt wird, von den verbotenen Graden nichts enthalten, weil es hier an einem Dritten mangelt, dessen Recht durch die Ausschließung einer Ehe unter nahen Verwandten verletzt würde;

Höpfners Naturrecht, B. 2. Cap. 2. §. 157.
Hufelands Naturrecht, Ausg. v. 1790. §. 311.
Hofbauers Naturrecht, §. 334. Anmerk.

und

und selbst Hugo Grotius, welcher öfters Völkergebrauch für Naturrecht nimmt, gesteht dennoch de jure belli et pacis, L. II. c. 5. §. 12.

> Cauſſas certas et naturales, cur talia conjugia, ita ut legibus aut moribus vetentur, illicita ſint, aſſignare qui voluerint, experiendo diſcent, quam id ſit difficile, immo praeſtari non poſſit.

Der haltbarste unter allen Gründen, wodurch dergleichen Eheverbote unterstützt werden, ist ohne Zweifel die Verhütung der frühen Unzucht unter denen, welche mit einander von Jugend auf in einerley Gemach oder sonst in der größten Vertraulichkeit leben, und einander nach der Sitte der Morgenländer ohne Schleyer sehen durften.

> Michaelis vorher angeführte Abhandlung, C. V. §. 47.
> Ebendesselben Mosaisches Recht, Part. II. §. 109.

Daß indessen hierbey nicht eigentlich von einer absoluten Unstatthaftigkeit solcher Ehen, sondern nur von Gründen die Rede sey, welche den Gesetzgeber bewegen können, dergleichen Ehen zu verbieten, erhellet schon daraus, weil es der Fälle mehrere giebt, in welchen ähnliche Vertraulichkeiten stattfinden, ohne daß dadurch ein Eheverbot gegründet würde. So ist z. B. die Heirath zwischen Pflegevater und Pflegetochter, zwischen dem Aufseher eines Kinderhospitals und den Waisenmädchen unverboten, und die Ehe zwischen dem Vormund und der Pflegebefohlnen gehört ebenfalls nicht unter die schlechterdings unerlaubten, obgleich besonders im letzten Falle die Gelegenheit und der Reiz zur Verführung gewöhnlich größer ist, als zwischen Ascen-

denten und Descendenten, weil bey diesen der Unterschied des Alters und der Gesinnungen ohnedies eine zu große Vertraulichkeit hindert. Alles, was sich also mit Grunde annehmen läßt, ist, daß die auf die Ehe sich beziehenden Aussprüche der heiligen Schrift, für die, welche sich verheirathen wollen oder verheirathet haben, Vorschriften enthalten, deren Uebertretung sündlich ist. Ob nun im gegenwärtigen, allerdings bedenklichen Falle, der Merkel mit gutem Gewissen seine Stieftochter ehelichen könne, ist eine Frage, worüber wir uns nicht einlassen dürfen, weil sie uns nicht zur Beantwortung ist vorgelegt worden. Wir tragen aber kein Bedenken, zu behaupten, daß eine Handlung deswegen allein, weil sie sündlich ist, nicht verboten werden könne. Dies kann selbst aus der heiligen Schrift damit bestätiget und erläutert werden, daß die in dem Mosaischen unter göttlicher Autorität gegebenen Gesetze den Israeliten erlaubte Ehescheidung von Christo ausdrücklich für sündlich erkläret wird. Matth. 5, 31. 52. Luc. 19, 3 — 9. Marc. 10, 2 — 12.

Hierzu kommt noch, daß oft besondere Gründe vorhanden seyn können, eine Handlung, welche unter andern Umständen unerlaubt seyn würde, zu Vermeidung eines noch größern Uebels dennoch als pflichtmäßig zu vollziehen, und daß also die in solchen Fällen durch die Mosaischen Gesetze selbst begünstigte Dispensation nicht versagt werden könne.

Michaelis Ehegesetze Mosis, Cap. VII. §. 95.

So gewiß es also auch ist, daß die Heirath des Stiefvaters und der Stieftochter unter die im Mosaischen

saischen Gesetze überhaupt, und nicht bloß als Ehebruch oder Polygamie verbotenen Ehen gehört;

Michaelis Mosaisches Recht, P. II. §. 113. p. 288. sq.

so unzweifelhaft ist es auch, daß selbst in diesem Falle die Dispensations-Befugniß des Landesherrn nicht eingeschränkt sey. Nun können wir zwar nicht verschweigen, daß das gleichgedachte Mosaische Eheverbot eben unter diejenigen gehöre, deren Grund noch jetzt Anwendung findet, und die wir also auch den neuern Gesetzgebern zur Aufnahme anempfehlen würden. Wir bemerken aber, daß es dennoch Ausnahmen gäbe, welche entweder überhaupt gesetzlich, oder bey vorkommenden Fällen durch landesherrliche Dispensation bestimmt werden können. Es kommt aber alsdenn noch der Nachtheil in Betrachtung, welcher überhaupt aus dem Gebrauche des Dispensations-Rechts, und aus der Hoffnung, eine Ausnahme vom Gesetz zu bewirken, entsteht. Wir müssen es daher der hohen Landesobrigkeit lediglich anheimstellen: ob und in wie fern die besondern Umstände dieses Falles und die mit der Dispensation verbundenen Schwierigkeiten den aus der Hoffnung ähnlicher Dispensations-Ertheilungen erwachsenden Nachtheil heben können, welcher jedoch sowohl im Falle der versagten als der ertheilten Dispensation schwer zu vermeiden ist, so lange nicht durch deutliche Gesetze die indispensablen Fälle bestimmt sind, weil alsdenn die Hoffnung, Dispensation zu erlangen, immer noch übrig bleibt. Da nun aber dergleichen Bestimmungen in dasigen Landen, wie fast überall in Deutschland, noch zu mangeln

scheinen, so stehen der nachgesuchten Dispensation keine Rechtsgründe entgegen.

Zufolge aller bisher angeführten Gründe sind wir der rechtlichen Meinung:

daß zwar die Ehe zwischen Stiefvater und Stieftochter den Mosaischen Gesetzen zuwider sey, auch dieses Eheverbot nicht unter diejenigen gehöre, welche in der Jüdischen Staats- und Religionsverfassung gegründet sind; daß aber auch bey diesem Eheverbote die Befugniß des Landesherrn, Dispensation zu ertheilen, rechtlich stattfinde. B. R. W.

XI.

XI.

In wie fern ein Eheweib, welches das von ihrem Ehemanne ohne ihr Vorwissen entwendete Gut wissentlich verzehren hilft, zu bestrafen sey.

Erkenntniß.

Nach Gotha, an den Rath und Amtmann Herrn Jenichen daselbst.

Als der Herr uns auf Antrag der Inculpatin Johanne Marie Elisabeth, gebohrner Koch, verehelichter Hellfarthin, die wider dieselbe und ihren Ehemann Johann Heinrich Andräas Hellfarth, wegen Diebstahls verhandelten Untersuchungsacten in dreyen zurückkommenden Actenbänden zugesendet, und sich des Rechten darüber zu berichten verlanget;

Demnach erachten wir Ordinarius, Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät auf der Königl. Preuß. Universität Halle, nach deren fleißigen Verles- und Erwägung, für Recht:

Nunmehro aus den Acten zu befinden, daß Inculpatin, Johanne Marie Elisabeth, gebohrne Koch, verehelichte Hellfarthin, sowohl mit der erkannten zweyjährigen, als der auf Ein Viertel herabgesetzten Zuchthausstrafe billig zu verschonen, vielmehr ihr der während der Untersuchung vom 9 Jul. bis zum 1ten Oct. 1793. und vom 18ten Jun. bis 27sten Sept. 1794. erlittene Arrest zur Strafe anzurechnen. Uebrigens aber, und besonders in Ansehung der Kosten, wird das in den Acten be-

findliche Erkenntniß bestätiget, auch ist die Inculpatin, so weit ihr Vermögen dazu hinreicht, die durch die Actenversendung verursachten Kosten zu entrichten schuldig. V. R. W.

Gründe.

Am 23sten October 1792. des Morgens um 8 Uhr offenbarte es sich, daß im Herzogl. Amtshause zu Gotha der daselbst befindliche Depositen-Schrank, in welchem sich zufolge des Verzeichnisses zusammen 1345. Rthlr. 2 Gr. 8 7/15 Pf. baar befinden sollten, gewaltsam erbrochen, und bis auf 1/8 Stück geleeret worden.

Obgleich die allgemeine Untersuchung mit Kopf und Fleiß geführt wurde, und obgleich auf verschiedene Personen der Verdacht, daß sie diesen Diebstahl begangen hätten, gefallen war, so wurde doch dieser Verdacht immer wieder gehoben, bis endlich am 30sten May 1793. der Tünchergeselle Johann Heinrich Andreas Hellfarth durch schnell vermehrten Wohlstand und Aufwand einen vorzüglichen Verdacht auf sich zog, welcher sich immer mehr verstärkte, je mehr man seinen Vermögensumständen und seinem bisherigen Lebenslaufe nachspürte. Durch geheime Absendung des Amtsboten in die Heimath der Hellfarthischen Ehefrau wurde von ihren und ihres Vaters Vermögensumständen in aller Stille die Nachricht eingezogen, daß diese von geringer Erheblichkeit wären, und die Reise, welche die Hellfarthischen Eheleute nach gedachtem Diebstahl dahin gethan, und die übrigen Vorkehrungen, welche der Hellfarth zu Einziehung der angeblichen Erbschaft seines Eheweibes gemacht hatte, vorzüglich in der Absicht geschehen war, damit das Gerücht

rücht entstehen möchte, als ob eine reiche Erbschaft die Quelle ihrer seit kurzem an den Tag gelegten Wohlhabenheit sey.

Es wurden hierauf beide Hellfarthische Eheleute am 9ten Jul. 1793. unvermuthet in Verhaft und ihre Habseligkeiten in Beschlag genommen; das zuerst vernommene Hellfarthische Eheweib verleugnete anfangs den Diebstahl, und berief sich auf ein zum Schein ausgestelltes Document, zufolge dessen sie einen Erbtheil von 7 bis 800 Rthlr. erhoben haben wollte. Vergebens wurde sie der Lüge überführt, sie beharrte dennoch bey der Versicherung ihrer Unschuld und bey der Verleugnung des Diebstahls.

Bey der Besichtigung der Hellfarthschen Wohnung fanden sich Wäsche und Kleidungsstücke, welche kostbarer waren, als sie bey Personen gleichen Standes zu seyn pflegen, und obgleich der Hellfarth selbst erst den Diebstahl leugnete, so bekannte er doch endlich einen in Frankfurt am Mayn an dem Dr. Grambs verübten Diebstahl. Weil aber dieser noch vor seiner Verheirathung mit seinem Eheweibe, und lange vorher vorgefallen war, ehe er sich mit ihr in Gotha seßhaft gemacht hatte, er auch seit dieser Zeit wieder in Vermögensverfall gerathen war, und also daraus sein jetziger Wohlstand nicht erklärt werden konnte, so ließ man nicht ab, noch ferner wegen des in Gotha wahrscheinlich verübten Diebstahls in ihn zu dringen, und so gestand er denn endlich den durch Einsteigen und Einbruch in den Depositen-Schrank verübten Diebstahl, führte aber auch zugleich an, daß sein Eheweib erst 14 Tage nach diesem Diebstahl Wissenschaft davon erhalten habe, und als sie ihn erfahren hätte, in Ohnmacht fallen und von ihm gehen wollen, und

daß

daß sie nur auf sein Zureden, die Sache nicht kund zu machen, bey ihm geblieben sey.

Als hierauf die Hellfarthin nochmals vernommen und ihr das Geständniß ihres Ehemannes vorgehalten wurde, so gestand sie endlich die nach dem Gothaischen Diebstahl von demselben erlangte Wissenschaft, mit Hinzufügung des Umstandes, daß sie an dem Abende, an welchem der Diebstahl verübt worden, bey ihrer Schwiegermutter gewesen sey, und ihr Mann, wie sie nicht anders glaube, nicht zu Hause gegessen habe.

Hiermit stimmt nun zwar die Aussage ihres Ehemannes nicht völlig überein, weil er wirklich an diesem Abend eine kurze Zeit zu Hause gewesen und gegessen haben will, und auch nicht mit Zuverlässigkeit sagen kann, ob an demselben Abend sein Eheweib zu Hause gewesen sey, oder nicht; ein eigentlicher Widerspruch ist jedoch nicht vorhanden, weil sie beide diese Nebenumstände nicht mit Gewißheit behaupten, dagegen aber beide darin mit einander übereinkommen, daß das Eheweib den Diebstahl erst eine geraume Zeit nach vollendetem Diebstahl erfahren habe.

Da nun das Hellfarthische Eheweib auch den in Frankfurt am Mayn verübten Diebstahl nach ihrer und ihres Mannes Versicherung erst im Arrest in Erfahrung gebracht hat, und die Acten keine Gründe enthalten, aus welchen die Wahrheit dieser Versicherung zu bezweifeln wäre; so wurde sie am 1ten October 1793. gegen eidliche Sicherheitsleistung ihres Verhafts entlassen. Ihr Ehemann wurde zur Special-Untersuchung gezogen, und das von dem Jenaischen Schöppenstuhl eingegangene und am 18ten Jun. 1794. publicirte Erkenntniß verurtheilte ihn zur Strafe des Stranges, welches

aber

aber im Wege der Gnade in eine lebenswierige Zuchthausstrafe verwandelt wurde. Gegen sein Eheweib fiel das Erkenntniß auf eine zweyjährige Zuchthausstrafe aus, welche ebenfalls im Wege der Gnade auf eine sechsmonatliche Zuchthausstrafe herabgesetzt wurde.

Gleichgedachte Hellfarthin, welche bey der Eröffnung des Urtheils am 18ten Jun. 1794. in Verhaft genommen wurde, und sich auch der in ein Viertel verwandelten Zuchthausstrafe nicht unterwerfen wollte, wurde am 26sten September 1794. zur Defension verstattet, und inzwischen am 27sten September 1794. des Arrestes entlassen.

Da sie aber nachher um Versendung der Acten, wie sie liegen, zum auswärtigen Rechtsspruch angetragen hatte, so wurde diesem Gesuche höchsten Orts Statt gegeben, und es sollte also von Uns darüber erkannt werden, ob die Inculpatin mit aller Strafe zu verschonen, oder mit einer gelinden Strafe zu belegen, oder das vorige Erkenntniß zu bestätigen sey. Nach der vorher erzählten Lage der Sache kann der Inculpatin keine eigentliche Theilnehmung an dem Verbrechen ihres Ehemannes schuldgegeben werden; denn alsdenn müßte sie durch ihre Handlungen oder Unterlassung etwas zur Wirklichkeit des Diebstahls beygetragen haben. Daß sie zu diesem Verbrechen durch keine vorhergehende oder begleitende Handlung etwas beygetragen habe, muß als richtig angenommen werden. Da sie nun aber auch im voraus weder ausdrücklich noch stillschweigend eine zu Begünstigung des Diebstahls gereichende Handlung versprochen hatte, so läßt sich nicht behaupten, daß irgend eine ihrer Handlungen oder Unterlassungen zur Wirklichkeit

des

des Diebstahls etwas beygetragen habe. Eine Zurechnung des Diebstahls selbst ist also hier nicht vorhanden; denn die Zurechnung besteht in dem Urtheile, wodurch ein Mensch für die freye und selbstthätige Ursach einer Handlung erklärt wird.

Hufelands Lehrsätze des Naturrechts. Ausgabe 1790. §. 594.

Sie kann also nur einer nachfolgenden Begünstigung des Diebstahls beschuldiget werden; weshalb aber auf sie der 177ste Artikel der Peinlichen Gerichtsordnung nicht angewendet werden kann; denn diese erfordert,

daß jemand einem Missethäter zu Uebung einer Missethat wissentlich und gefährlicher Weise einigerley Hülfe, Beystand oder Förderung geleistet habe.

de Boehmer ad C. C. C. art. 177. §. 1—9.

Es könnte daher ein Zweifel entstehen, ob eine bloße Begünstigung des Verbrechens nach vollendeter That bestraft werden könne, wenn sie im voraus weder ausdrücklich noch stillschweigend zugesagt worden. Da aber doch die Zueignung eines Vortheils als eine unrechtmäßige Zueignung fremden Eigenthums nicht bloß unter die Verletzungen der Gewissenspflichten, sondern auch unter die bürgerlich unerlaubten Handlungen gehört, so kann eine solche Begünstigung des Diebstahls nicht von aller Strafe freygesprochen werden. Wenn es daher auch noch ungewiß ist, ob l. 1. ff. de receptatoribus auf solche Personen, welche kein Gewerbe daraus machen, den Verbrecher und die Verbrechen zu verbergen, anzuwenden sey, so bleibt doch soviel gewiß, daß die vorsätzliche Theilnehmung an dem Vortheil des

Ver-

Verbrechens nicht für ganz straflos gehalten werden könne. Im gegenwärtigen Falle kommt jedoch der Inculpatin noch besonders zu statten, daß sie das Verbrechen ihres Ehemannes nicht bekannt machen konnte, ohne ihn der Lebensstrafe, welcher er nur durch landesherrliche Begnadigung entgangen ist, auszusetzen, und daß der Vortheil, welchen sie aus dem Diebstahl ihres Ehemannes zog, eigentlich nur darin bestand, daß dieser dadurch war in den Stand gesetzet worden, sie besser und reichlicher als sonst zu verpflegen. Eine gesetzmäßige Trennung konnte sie nur durch Anzeige seines Diebstahls bewirken, und blieb sie seine Ehefrau, so konnte sie es nicht vermeiden, daß auch ein Theil des Diebstahls zu ihrem Vortheil gereichte. Da sie auch nach der eigenen Angabe des Ehemannes ihre Mißbilligung des von ihm begangenen Verbrechens sehr stark an den Tag legte, so kann ihr nur die wissentliche Verschwendung des fremden Geldes zur Last geleget werden, weil die bloße Annahme der ihr gebührenden Verpflegung nicht als ein von ihrer Seite gezogener Vortheil betrachtet werden kann. Denn, wer nur das, was ihm von Rechtswegen zukommt, empfängt, ist nicht für bereichert zu achten. Ob nun gleich aus dem Verzeichnisse der von dem gestohlnen Gelde angeschafften Sachen erhellet, daß sie sich nicht an dem, was zur höchsten Nothdurft gereicht, begnügt habe; so ist sie doch nicht überführt, die Ursache eines übermäßigen Aufwandes ihres Ehemannes gewesen zu seyn. Wenn daher auch die von der Inculpatin Vertheidiger angeführten Rechtslehrer nicht eben einen solchen Fall als den gegenwärtigen voraussetzen; so ergiebt sich doch schon aus der Natur der ihr schuldgegebenen

Hand-

Handlungen, daß ihre Verschuldung nur geringe, mithin durch den vom 9ten Jul. bis zum 2ten October, und vom 18ten Jun. bis zum 27sten September erlittenen Arrest, als an welchem Tage sie abermals entlassen worden, hinlänglich gebüßet sey. Weil sie aber auch die gegen sie geführte Untersuchung und den auswärtigen Rechtsspruch nicht ohne ihre Schuld veranlasset hat, und also auch die dadurch verursachten Kosten, so weit sie des Vermögens ist, tragen muß;

So sind wir, sowohl der Hauptsache als der Kosten wegen, so wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XII.

Ueber die rechtliche Wirkung der wechſelſeitigen Teſtamente.

Erkenntniß.

Nach Bayreuth, an den Hofgerichts-Secret. Hrn. Wucherer.

Als der Herr uns erhobene Querelam nullitatis, nebſt deren Einleitung und Rechtfertigung, in Sachen des Regierungs-Regiſtrators Johann Chriſtian Brunner, Namens ſeiner Eheconſortin Anna Auguſta Georgina, gebohrner Nölting, Beklagten und Querulanten an einem, wider den Juſtizrath und Kaſtenamtmann Philipp Michael Paul Ammon, Namens ſeiner Kinder, Klägern, jetzt Querulaten am andern Theile, puncto legati, in dreien anbei zurückkommenden Actenbänden zugeſendet ꝛc.

Daß Querulant unter Beobachtung der geſetzlichen und herkommlichen Förmlichkeiten zu dem nachgeſuchten Nullitäts-Proceſſe zu verſtatten, zu dieſem Ende die eingereichte Juſtificatio remedii nullitatis dem Querulaten zuzufertigen, und das weitere Verfahren über das eingewandte Rechtsmittel der Landesverfaſſung gemäß, mit einſtweiliger Ausſetzung des Koſtenpuncts zu eröffnen ſey. V. R. W.

Gründe.

Denn was zuvörderſt die Förmlichkeiten des eingewandten Rechtsmittels anbelangt, ſo läßt ſich die Richtigkeit derſelben nicht bezweifeln, da Que-

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

rulant den Bescheid vom 23sten Januar 1793. und den Bescheid vom 9ten und 23sten März, 11ten May, 14ten Sept. und 9ten November 1793. für sich hat, auch sind die nach der Landesverfassung bei dem eingewandten Rechtsmittel etwa sonst noch erforderlichen Solennia vorbehalten worden, da bekanntlich diese Förmlichkeiten nicht durchgängig gleich sind, und also der nähern Bestimmung des Ortsrichters überlassen werden müssen.

Danz Grundsätze des deutschen gemeinen ordentlichen Processes §. 422.

Was die Sache selbst betrifft, so sind allerdings rechtliche Gründe vorhanden, die Rechtmäßigkeit des vorigen Erkenntnisses zu bezweifeln. Denn, wenn es auch noch ungewiß wäre, ob das Amt des Klägers, jetzigen Querulaten, wirklich von der Beschaffenheit sey, daß es nicht soviel Sicherheit gewähre, als nöthig ist, wenn es eine Befreyung von der Caution bewirken soll: so stehen doch der Klage selbst wichtige Rechtsgründe entgegen.

Schwerlich dürfte es sich zwar behaupten lassen, daß das bisherige Verfahren und das darauf gegründete Göttingische Erkenntniß darum nichtig sey, weil die Schrift, worauf die Klage gegründet worden, derselben nur in Abschrift beigeleget, und das Original dem Querulanten noch gar nicht zur Recognition vorgelegt worden. Denn zufolge der mit eingesendeten Acten:

das von den Kriegs- und Landschaftsrath Bremelischen Eheleuten dahier bei Hochfürstl. Regierung deponirte Testament und Codicill betreffend. anno 1776.

ist

ist Testament und Codicill dem Querulanten publiciret worden. Da das gemeinschaftliche von beiden Eheleuten errichtete Codicill dem Testamente beigefügt, das im Streit befangene aber in einem besondern Umschlage, welcher als Codicill überschrieben ist, enthalten war, und beide Umschläge als eröffnet sich bey den Acten befinden, so fällt der Einwand des Beklagten, jetzigen Querulaten, daß ihm dieses letzte Codicill noch nicht vorgelegt worden, hinweg. Dagegen aber ist das von den Bremelischen Eheleuten eröffnete Testament so beschaffen, daß es ein zwischen ihnen über den Nachlaß getroffenes Abkommen voraussetzt, und wenigstens wegen der nothwendigen Verbindung, in welcher die Verordnung des einen Ehegatten mit der Willenserklärung des andern steht, unter die Testamenta correspectiva gerechnet werden muß.

Das Testament eröffnet sich mit den Worten:

> Demnach ich Johann Theodor Bremel, Hochfürstl. Brandenburgischer Krieges- und Landschaftsrath allhier, mich mit meiner Eheconsortin Sophia Regina Bremelin, einer gebohrnen Fornfeistin, schon geraume Zeit her wegen unserer dereinstigen Verlassenschaft, und wie es damit nach unserm Gott gebe seligen Ableben gehalten werden solle, zu Rathe gegangen bin, und wir beide diese unsere letzte Willensmeinung schriftlich zu entwerfen, und gerichtlich niederzulegen beschlossen haben.

Aus diesen Worten ergiebt sich, daß zwischen beiden Eheleuten darüber, wie es mit ihrem beiderseitigen Nachlaß gehalten werden soll, ein Abkommen getroffen worden, und obgleich dieser Aufsatz

nicht die Form eines Vertrages hat, so setzt er ihn doch voraus.

Hierauf fahren beide Eheleute in ihrer gemeinschaftlichen Verordnung also fort:

Also ordnen wir:

1) Zu unserer alleinig und wahren Erbin unsere liebe Base, Anna Augusta Georgina Nölding, welche wir an Kindes Statt angenommen, und die uns dagegen in unserm Alter und kränklichen Umständen viele Liebe und Treue erwiesen, auch bisher mit kindlichem Gehorsam sich gegen uns bezeigt hat, hiermit dergestalten ein, daß sie nach unserm beiderseitigen Abscheiden unsere dereinstige ganze Verlassenschaft an Mo- und Immobilibus, Forderungen, Capitalien, Effecten und Mobilien, kurz alles, was wir zu seiner Zeit hinterlassen werden, nichts davon ausgenommen, sogleich und ohne Unterschied, welches von uns beiden zuletzt die Schuld der Natur bezahlet, in Empfang und Besitz nehmen soll.

Aus diesen Worten erhellet 1) daß hier nicht zwey verschiedene letztwillige Verordnungen vorhanden sind, wovon eine ohne die andere bestehen könnte; 2) daß sie über ihren ganzen Nachlaß verfügt haben, und daß nicht das geringste übrig geblieben sey, worüber sie sich eine besondere Verfügung vorbehalten hätten.

Der erste Umstand giebt klar zu erkennen, daß hier voluntas correspectiva obwalte, so daß ein Testament nicht ohne das andere bestehen, sondern das eine mit dem andern zugleich stehen und fallen solle. Eben dieser Umstand ist es auch, den Harprecht Differt. de testamento correspectivo §. 21. in Diff. Acad. Vol. 1. Diff. 31.

als das Kennzeichen eines teſtamenti correſpectivi angiebt.

Hiermit ſcheint zwar die Definition, welche Böttger hiervon giebt,

in Diſſ. de natura et indole teſtamenti correſpectivi §. 24.

nicht übereinzuſtimmen, wo es heißt:

Correſpectivum eſt teſtamentum mutuum, quo duo teſtatores, uterque in *favorem* alterius et quidem ob ſolam alterius diſpoſitionem de hereditate disponunt.

Es gewinnt daher das Anſehen, als ob hier deswegen kein teſtamentum correſpectivum vorhanden ſey, weil nicht eigentlich in favorem alterius, ſondern einer dritten Perſon diſponirt worden. Allein es iſt hier zu bemerken,

a) daß die gemeinſchaftliche Diſpoſition zugleich eine wechſelſeitige Erbeneinſetzung in ſich ſchließt;

b) daß der weſentliche Unterſchied, welchen der zuletzt angeführte Schriftſteller zwiſchen dem teſtamento correſpectivo und dem bloßen reciproco feſtſetzt, in der correſpectivitate actus beſteht, und eben dieſer Schriftſteller

l. c. §. 20.

denjenigen actum für correſpectiv hält,

qui ſola contemplatione alterius actus factus ſit, ita ut ratio, cur ſit celebratus alteruter, in ſola alterius actus confectione ſit poſita.

Nun könnte es zwar ſcheinen, als ob dieſe Definition auf das ſtreitige Teſtament deswegen nicht angewendet werden könne, weil hier die Liebe zu einer

dritten Person, nemlich der von beiden Eheleuten eingesetzten Erbin, der Grund der Disposition war. Allein obgleich die gleiche Liebe beider Eheleute zu dieser Person die Wirkung hatte, daß sie sich um so eher zu einer gleichen Disposition vereinigten; so hinderte dies doch nicht, anzunehmen, daß der eine Ehegatte darum dem andern seinen Nachlaß überlassen habe, damit auch der andere, so wie er selbst den sämmtlichen Nachlaß dieser geliebten Person nach seinem Tode hinterlassen möchte. Hierin besteht aber die correspectivitas actus, weswegen auch der zuletzt angeführte Schriftsteller in einem ähnlichen Falle

l. c. §. 31. circa finem.

ein testamentum correspectivum annimmt.

Was die Eigenschaft der Correspectivität gänzlich außer Zweifel setzt, ist

2) die Verordnung, daß die eingesetzte Erbin die dereinstige ganze Verlassenschaft von Mo- und Immobilibus, Forderungen, Capitalien und Meublen, kurz alles, was Testatores zu seiner Zeit hinterlassen werden, nichts davon ausgenommen, sogleich und ohne Unterschied, welches von ihnen zuletzt die Schuld der Natur bezahlt, in Besitz und Empfang nehmen soll.

Hierin liegt ganz deutlich die stillschweigende Bedingung, daß ein Ehegatte dem andern seinen ganzen Nachlaß hinterlassen wolle, jedoch so, daß dagegen der überlebende nicht nur das von dem andern ererbte, sondern auch sein eigenes Vermögen der eingesetzten Erbin ohne allen Abzug hinterlassen solle. Unrichtig wird daher in dem vorigen Erkenntnisse angenommen, daß bei dem streitigen

ge-

gemeinschaftlichen Testamente jede Erbschaft unterschieden werden müsse, und der zuletzt verstorbene Ehegatte dadurch nicht verhindert worden sey, über sein ursprüngliches eigenes Vermögen zu disponiren. Wenn man aber auch dies annehmen wollte, so würde dennoch nicht sogleich dem Antrage des Klägers gemäß haben erkannt werden können, weil noch nicht erhellet, in wie fern etwa die von dem zuletzt verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Vermächtnisse dessen ursprüngliches Vermögen übersteigen. Wenn ferner im vorigen Erkenntnisse angeführet worden, die Erbin müsse, weil sie die Erbschaft des zuletzt verstorbenen Ehegatten ebenfalls angetreten hatte, sich auch dessen Verfügung gefallen lassen, so ist eine besondere Genehmigung des einseitig errichteten Codicills in den Acten nicht zu finden, weil diese klar zeigen, daß die eingesetzte Erbin weder ausdrücklich noch stillschweigend gedachtes Codicill für rechtsgültig anerkannt, vielmehr in kurzer Zeit nach Eröffnung des Testaments sogleich gegen diese Verordnung protestiret habe. Sollte sich aber diese Behauptung auf die Schuldigkeit beziehen, diese Verordnung gelten zu lassen, so ist sie schon oben hinlänglich widerlegt. Bei dieser Lage der Sache ist eine Abänderung des vorigen Erkenntnisses allerdings zu erwarten, und es ist das weitere Verfahren um deswegen eröffnet worden, damit auch der Gegentheil Gelegenheit erhalte, seine Rechte bei diesem Rechtsgange wahrzunehmen. Die Aussetzung der Kosten ist eine natürliche Folge dieses Erkenntnisses, damit dem künftigen Richter nicht vorgegriffen werde.

Dies sind die Gründe, aus welchen wir so, wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XIII.

Scheidung des Pfarrers G** von seiner Ehefrau.

1) In wie fern die Ehescheidung unter Protestanten wegen unversöhnlichen Hasses stattfinde.
2) Die bloße Weigerung der Ehefrau, zu ihrem Manne zurückzukehren, kann nicht der böslichen Verlassung gleichgeachtet werden, wenn der Mann nicht auf die Rückkehr besteht, sondern die Ehescheidungsklage anstellt, oder wenn die Frau gegründete Ursache hat, die Rückkehr zu verweigern.
3) Der Mann kann zwar zum Vorschuß, aber nicht ohne besondere Gründe zur Tragung der Ehescheidungskosten aus seinem Vermögen angehalten werden.

Nach Erfurt. Auf eingereichte Imploration, dagegen eingereichte exceptivische Beantwortung, und damit verbundene Ehescheidungsklage und fernere rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Pfarrers zu K**, N. N. Klägers und Imploraten an einem, wider seine Ehefrau N. N. Beklagtin und Implorantin am andern Theile, Erkennen ꝛc.

Daß das zwischen beiden Theilen bisher obgeschwebte Band der Ehe, wie hiermit geschiehet, gänzlich aufzuheben, keiner für den vorzüglich schuldigen Theil zu achten, und beiden eine anderweitige Verehelichung, jedoch der Ehefrau erst nach 9 Monathen, freyzulassen, die Kosten des Processes aber

billig

billig gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. Auch ist der Ehemann schuldig, der Beklagten wöchentlich 1 Rthl. Verpflegungsgelder bis zu dem Tage des rechtskräftig gewordenen Ehescheidungs-Erkenntnisses zu reichen, von dieser Zeit an aber die Nutzungen des Eingebrachten der Ehefrauen zu verrechnen, und solche nebst dem erweislichen Eingebrachten selbst der Ehefrau auszuantworten. V. R. W.

Gründe.

Denn bei der gegenwärtigen Lage der Sache muß angenommen werden, daß beide Eheleute gegen einander die Ehescheidung angetragen haben. Dies ist von Seiten des Ehemannes in der sogenannten exceptivischen Beantwortung der gegenseitigen sogenannten gehorsamsten Vorstellung nebst angeführter rechtlicher Bitte geschehen, und von Seiten der Ehefrau ist zwar anfangs nur die Verlängerung der Scheidung vom Tisch und Bette, in der schließlichen Nothdurft aber auch die gänzliche Trennung der Ehe gebeten worden. Beide Theile sind also nicht in Ansehung der Ehescheidung selbst, sondern nur darin uneinig, wer für den schuldigen Theil zu achten sey, und die rechtlichen Folgen davon tragen solle.

1) Was nun zuförderst die Zulässigkeit der Ehescheidung selbst betrifft, so ist ein unversöhnlicher den Hauptzweck der Ehe hindernder Haß auf beiden Seiten klar.

Die erste Aussöhnung geschah am 25sten Oct. 1791. Allein am 9ten Februar 1792. wurde schon von Seiten des Ehemannes eine Ehescheidungsklage eingereicht, und es erfolgte hierauf ein recht-

liches Erkenntniß, wodurch eine einjährige Scheidung von Tisch und Bette bestimmt wurde.

Es war aber binnen diesem Jahr der Widerwille beider Eheleute gegen einander nicht gemindert worden. Zwar gewann es das Ansehen, als sey der Ehemann bereit, eine friedliche Ehe zu führen, weil er nach Ablauf desselben auf die Rückkehr antrug, doch zeigte die Folge, daß er dabei nur die Ersparung der seiner abwesenden Ehefrau zu reichenden Verpflegungsgelder zur Absicht gehabt habe. Von Seiten der Ehefrau war der Haß ganz unverstellt; ihre schriftliche Weigerung, zu ihrem Ehemanne zurückzukehren, zeigt hiervon die deutlichsten Spuren, indem sie ihn darin mit den gehässigsten Vorwürfen angreift, und ihn sogar der Sodomiterey beschuldiget.

Hierauf erfolgte das erneuerte Ehescheidungsgesuch des Ehemannes, welcher die schon in vorhergehenden Verhandlungen vorgekommene Beschuldigung der Vergiftung wiederholte, und sie ebenfalls mit den gehässigsten Vorwürfen überhäufte. Hierzu kommt noch, daß die Ehefrau ein medicinisches Attest beibringt, vermöge dessen sie die eheliche Pflicht nicht ohne Schmerz und Nachtheil an der Gesundheit erfüllen kann.

So gewiß es ist, daß christliche Eheleute in ihrem Gewissen verbunden sind, alles anzuwenden, damit eine gegenseitige Liebe in ihren Herzen Platz finde; so gewiß ist es doch auch, daß Liebe sich nicht erzwingen, und daß der Staat seine Bürger nicht mit Gewalt anhalten könne, alle ihre Gewissenspflichten zu erfüllen.

Wenn also auch die christliche Religion Liebe verlangt, und eine Trennung der Ehe ohne Sünde, wenig-

wenigstens auf der einen Seite, sich nicht denken läßt; so können doch bloße Sünden, welche nicht in Verbrechen ausarten, nicht obrigkeitlich gehindert, vielmehr müssen sie zur Vermeidung größerer Sünden geduldet werden.

Dies ist der Fall bey den Uneinigkeiten zwischen den Eheleuten. Nachdem die Obrigkeit vergeblich alles angewendet hat, um den Frieden in der Ehe wiederherzustellen, muß sie endlich zu Vermeidung größerer Uebel die Ehescheidung verstatten. Hier stehet auch der protestantischen Obrigkeit kein Gesetz im Wege, weil man, wie man auch die hieher gehörigen Worte der heiligen Schrift auslegen mag, doch immer kein Gesetz, sondern nur ein moralisches Gebot herausbringen kann. Die Ehe muß also nach den Regeln anderer Verträge beurtheilt werden. So wie nun jede Gesellschaft auf Verlangen ihrer Mitglieder getrennet werden muß, wenn ihr Hauptzweck nicht mehr erreicht werden kann; so findet auch eben dieses bey der Ehe Statt. Hiermit stimmen auch verschiedene protestantische Kirchenrechtslehrer überein.

Conf. fac. Jur. Erf. Resp. 92.
Dabelow Eherecht, §. 284.

Im gegenwärtigen Fall gehöret der unversöhnliche Haß um so mehr unter die Ehescheidungs-Ursachen, da er auch auch durch die während der Ehe hinzukommenden Unfähigkeiten zu derselben gegründet wird.

Dabelow a. a. O.

2) Es ist also nur noch die Frage zu entscheiden: wer für den schuldigen Theil zu achten sey?

Der Ehemann will die verweigerte Rückkehr der Ehefrau, nach der Lehre Leysers,

in Med. ad ff. spec. 314. med. 6. 7.

der böslichen Verlassung gleichgeachtet wissen. Allein dies setzt auf der einen Seite ein fortgesetztes Andringen, und auf der andern eine grundlose Verweigerung voraus. Da nun im gegenwärtigen Falle die Ehefrau die Weigerungsgründe gerichtlich angezeigt, und der Ehemann hierauf sogleich sein Ehescheidungsgesuch angebracht hat; so kann im gegenwärtigen Falle die verweigerte Rückkehr einer böslichen Verlassung nicht gleichgeachtet werden, wie denn auch Leyser selbst

Coroll. 5. ad Spec. 316.

seine Meinung noch dahin erkläret, daß, wenn der Ehefrau wegen des künftigen bessern Betragens keine hinlängliche Sicherheit verschafft werden kann, ihr die Rückkehr zu demselben nicht zuzumuthen sey.

Auch der Gesundheitszustand der Ehefrau, vermöge dessen sie zu Erfüllung des Hauptzwecks der Ehe ungeschickt ist, kann ebenfalls nicht als eine Verschuldung derselben betrachtet werden, indem das, was der Ehemann von dem Herumschütteln auf dem Postwagen sagt, in einem leeren Gerede bestehet. Es kommt also nur noch auf Entscheidung der Frage an: ob sonst in dem gegenseitigen Betragen der Eheleute gegen einander auf der einen oder der andern Seite eine vorzügliche Verschuldung des tödtlichen Hasses anzutreffen sey *).

Da das Band der Ehe gänzlich aufgehoben wird; so ist kein Grund vorhanden, einem von beiden

*) Da die Entscheidung dieser Frage sich auf Thatsachen bezieht, welche an sich nicht interessant sind, auch die rechtlichen Erörterungen, welche hierbei vorkommen, nicht besonders merkwürdig sind, so ist diese Stelle der Entscheidungsgründe nicht mit abgedruckt worden.

den Theilen die fernere Verehelichung zu verbieten, selbst der Ehefrau nicht, weil, wenn auch ihre Wiederherstellung unmöglich wäre, es doch ihrer Beurtheilung zu überlassen ist, in wie fern sie sich bei ihrer abermaligen Verheirathung mit den Nebenzwecken der Ehe begnügen wolle. Die derselben zur Wiederverheirathung beraumte 9monathliche Frist scheint zwar unter vorwaltenden Umständen überflüssig zu seyn, ist aber zu Vermeidung aller Zweifel über die rechtmäßige eheliche Geburt ihrer künftigen Kinder nothwendig.

3) Uebrigens verstehet es sich von selbst, daß der Ehemann bis zur erfolgten gänzlichen Ehetrennung seine Pflicht zur Ernährung der Ehefrau ausüben, und ihr bis dahin die festgesetzten Verpflegungsgelder reichen müsse, zumal da zufolge des auf beiden Seiten vorausgesetzten tödtlichen Hasses der Ehefrau die Rückkehr zu ihrem Ehemanne nicht zugemuthet werden konnte.

In dem Augenblick aber, wo die gänzliche Trennung der Ehe eintritt, wird auch diese Pflicht des Ehemannes zur Ernährung der Ehefrau aufgehoben, und es tritt an deren Stelle die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Eingebrachten und der von diesem Zeitpuncte an gezognen Nutzungen.

4) Wegen der Proceßkosten scheinet es zwar, als ob sie allein von dem Ehemanne zu entrichten wären, weil sie mit zu den Verpflegungsgeldern gehören, und von den Einkünften des Eingebrachten bestritten werden müssen. Allein, obgleich der Ehemann schuldig ist, diese Kosten auf Rechnung des Eingebrachten während des Processes vorzuschießen; so kann er sie doch nach geendigtem Pro-

cesse

ceſſe in Rechnung bringen, und wenn gleich der Ehemann ſeine Frau in und außer Gericht vertheidigen, und alſo auch die dazu erforderlichen Koſten übernehmen muß; ſo kann er doch nicht für ſchuldig geachtet werden, ihr durch Bezahlung der Proceßkoſten die Waffen gegen ſich ſelbſt in die Hände zu geben, wofern er nicht als der allein ſchuldige Theil alle Koſten tragen muß. Weshalb ſowohl in der Hauptſache, als der Koſten wegen, ſo wie geſchehen iſt, hat erkannt werden müſſen.

XIV.

XIV.

Erkenntniß gegen den Grenadier Bielau und dessen Eheweib, wegen Verdachts einer Theilnahme an dem auf dem Herzoglichen Residenzschlosse zu Gotha verübten Diebstahle.

Nach Gotha.

Als Ew. ꝛc. uns die wider Johann Nicolaus Bielau, Grenadier des Herzogl. Leibregiments zu Gotha, und dessen Eheweib Catharina Elisabeth, wegen Diebstahls verhandelten Untersuchungs-Acten in dreyen anbei zurückkommenden Bänden, nebst zwey leinenen Anhängetaschen, zugesendet ꝛc.

Daß Inquisit, der Grenadier Johann Nicolaus Bielau, wegen verdächtigen Handels mit zerhacktem Silber, und wegen der dem Steuer-Commissarius Harnisch und dem Musicus Hauck entwendeten Sachen, mit einer dreyjährigen Zuchthausarbeit, nebst einer seiner Leibesbeschaffenheit angemessenen derben Züchtigung am Anfange der Strafzeit, zu bestrafen, auch nach geendigter Zuchthausstrafe nicht eher zu entlassen, bis vorher der hohen Landesherrschaft von seinem bisherigen Verhalten unterthänigster Bericht erstattet worden *); und bleibt es sodann dem höchsten landesherr-

*) Obgleich das Erkenntniß auf eine außerordentliche Strafe sehr nützlich zu Vermeidung der peinlichen Frage

herrlichen Ermessen überlassen, ob Inquisit zur Sicherheit des gemeinen Wesens noch fernet an einem sichern

gebraucht werden kann, so ist doch damit die nicht geringe Bedenklichkeit verbunden, daß es, wenn der Verurtheilte für schuldig geachtet wird, zu gelinde, und, wenn er unschuldig seyn sollte, zu hart, und also gewiß unrecht ist. Zu Vermeidung dieses Uebels dient eine auf die ausgemittelten unerlaubten Handlungen gesetzte bestimmte Zuchthaus-, Festungs- oder Gefängnißstrafe; nach deren Ablauf sodann weiter bestimmt wird, was mit dem Verbrecher vorgenommen werden solle. Hat sich nun inzwischen seine Schuld offenbart, so erfolgt die fernere Bestrafung. Hat er während dieser Zeit Hoffnung von sich gegeben, daß er sich künftig besser betragen werde, oder übernehmen seine Verwandte oder Bekannte die Bürgschaft für sein künftiges regelmäßiges Betragen: so erfolgt seine Entlassung.

Freylich läßt sich aus dem, was ein Mensch, der seiner Freyheit beraubt war, während dieser Zeit vornahm, nicht sicher schließen, was er künftig, wenn er in Freyheit seyn wird, thun werde. Allein bei einer mäßigen Aufmerksamkeit läßt sich doch mit einiger Wahrscheinlichkeit hierüber etwas bestimmen. Gewiß hat man doch alsdann mehr Gründe für oder wider diese Hoffnung, als besonders der auswärtige Richter zur Zeit des Erkenntnisses hatte.

Der Einwand, daß der Verbrecher auf diese Weise der bloßen Willkühr des Landesherrn überlassen werde, hebt sich, wenn man bedenkt, daß selbst lebenswierige Einsperrung in einem solchen Falle nicht für unverschuldet gehalten werden könnte, und daß der Landesherr gewiß einen solchen Entschluß nicht ohne reifliche Erwägung aller Umstände fassen wird, da, selbst in dem Falle, wo Leidenschaft zu besorgen wäre, diese Leidenschaft alsdenn längst abgekühlt wäre.

Uebrigens besorge ich wohl nicht, daß die Landes-Collegien sich über die neue Mühe beklagen werden, welche ihnen etwa die Erstattung eines abermaligen Gutachtens kosten könnte. Der Nutzen ist zu wichtig, als daß diese Arbeit nicht von jedem Wohldenkenden willig übernommen werden sollte.

sichern Orte aufzubewahren, oder auf freyen Fuß zu stellen sey. Auch sind die wider ihn verhandelten Acten wohl aufzubewahren. Sollte sich nun in der Folge die Art und der Grad seiner Theilnehmung an dem an den Herzogl. silbernen Tellern verübten Diebstahle näher ergeben; so ergienge sodann wegen seiner anderweitigen Bestrafung ferner, was sich zu Recht gebühret. In Ansehung des Harnisch- und Hauckischen Diebstahls aber hat es bei der in diesem Urthel bestimmten Strafe sein Bewenden. In Ansehung des Eheweibes des Inquisiten hat es bei dem erlittenen harten Gefängnisse sein Verbleiben. Doch bleibt auch gegen sie, wenn sich neue Anzeigen hervorthun sollten, die fernere Untersuchung wegen der Theilnahme an dem silbernen Teller-Diebstahle vorbehalten. V. R. W.

Geschichtserzählung und Gründe.

Der Grenadier des Herzoglichen Leibregiments zu Gotha, Johann Nicolaus Bielau, wurde am 27sten May 1794. zu Hildburghausen, wegen verdächtiger Weise zum Verkauf angebotener 188 Loth zerhackten Silbers, in Verhaft genommen.

Da nun seit dem 11ten März gedachten Jahres nach und nach 11 silberne Teller, die zusammen 24 Mark $\frac{11}{16}$ Loth gewogen, auf dem Herzoglichen Residenzschlosse zu Gotha vermißt, er auch an die Regimentsgerichte ausgeliefert worden, so ward sowohl gegen ihn als sein Eheweib, welche am 29sten März 1794. arretirt, und am 27sten December desselben Jahres gegen eidliche Versicherung wieder entlassen worden, die Untersuchung eröffnet.

Als sich der Grenadier Bielau noch zu Hildburghausen im Arrest befand, hatte er einen Brief

an seine Frau abgehen lassen, worin er ihr seine Verhaftung meldete, und zuletzt die Worte beifügte:

Ein Compliment an meinen Schwager.

An demselben Tage, als gedachter Brief in Gotha anlangte, entfernte sich seiner Ehefrau ältester Bruder, welcher bei dem Herzoglichen Cammerdiener Breuning und dem Herzogl. Hofbedienten aufgewartet hatte; doch soll, nach dem unbescheinigten Vorgeben seiner Verwandten, diese Entfernung eher geschehen seyn, als die Bielauen den Brief empfangen hatte.

Hierdurch wurde der Verdacht gegründet, daß Bielau und sein Schwager Theilnehmer des an dem Herzogl. Silber verübten Diebstahls wären, und dieser Verdacht wurde dadurch noch vermehrt, daß sich bei der Bielauischen Ehefrau eine Tasche fand, die derjenigen vollkommen ähnlich ist, in welcher der Bielau das zerhackte Silber von dem angeblichen Verkäufer desselben erhalten zu haben vorgab. Beide Bielauische Eheleute leugneten jedoch alle Theilnehmung und Wissenschaft an gedachtem Diebstahl, vielmehr behauptete der Grenadier Bielau, daß er dieses Silber unterwegs in Erfurt von einem unbekannten Menschen eingekauft habe. Weil aber dieses Vorgeben unter den von ihm selbst angeführten Umständen unwahrscheinlich, und es sogar unmöglich schien, daß Bielau auf seiner Reise Erfurt berührt haben könne, wo doch der Einkauf des Silbers geschehen seyn sollte; so wurde bei der Untersuchung dem von ihm angeblich genommenen Wege weiter nachgespürt. Inzwischen hatten sich bei der Bielauischen Großmutter, welche wegen ihres verdächtiger Weise entwichenen Sohnes von dem Herzog-

zoglichen Amte Gotha war zur Verantwortung gezogen worden, verschiedene Sachen gefunden, welche der Steuer-Commissarius Harnisch, bei welchem der Grenadier Bielau ehehin als Tagelöhner gedient, und bei welchem auch dessen Ehefrau gewohnet hatte, als ihm entwendet in Anspruch nahm. Ein gleiches geschah von dem bei dem Harnisch wohnenden Verwandten, dem Musicus Hauck.

Die Bielauischen Eheleute behaupteten, daß ihnen der Harnisch diese Sachen geschenkt habe, und schon hatte derselbe nebst dem Musicus Hauck allem weitern Anspruch entsagt, weil sie die Hoffnung aufgegeben hatten, die übrigen Sachen, welche sie ebenfalls vermißten, oder deren Ersatz zu erlangen, als der Herrl. Leyhische Gerichtsunterthan Johann Wilhelm Kremnitz ein ihm von dem Bielau in Verwahrung gegebenes Pack den Gerichten übergab, bei dessen Oeffnung sich noch ein ansehnlicher Vorrath der dem Harnisch und Hauck zugehörigen Sachen fand, welche aber der Bielau ebenfalls geschenkt erhalten zu haben behauptete, ob er gleich anfangs mehrere, als die eben erwähnten Sachen, geschenkt erhalten zu haben geläugnet hatte.

Bei der hierauf gegen den Grenadier Bielau unternommenen Special-Inquisition war derselbe zu keinem Geständniß, weder wegen seiner Theilnahme an dem Silberdiebstahl, noch wegen des angeblich an den Harnisch- und Hauckischen Effecten verübten Diebstahls zu bringen, und obgleich nach geschlossener Inquisition der Grenadier Bielau sich der weitern Vertheidigung begeben hatte, so wurde doch nach Versendung der Acten an das gewöhnliche Spruch-Collegium von diesem die Vertheidigung des Inquisiten nöthig gefunden.

Der Defensor rügte hierauf die von Seiten des untersuchenden Richters gegen den Inquisiten zu Bewirkung eines Geständnisses gebrauchten Gewaltthätigkeiten, welche auch von Seiten desselben eingeräumt wurden.

Die darauf eingereichte Vertheidigung wurde vorzüglich auf den Mangel des corporis delicti, auf die Unzuverlässigkeit der gegen den Inquisiten streitenden Anzeigen, und auf den Umstand gegründet, daß Inquisit schon durch die erlittene harte Behandlung die Wahrheit seiner Aussage bewährt, und Inquisit also die ohnedies nicht zu billigende peinliche Frage schon erlitten habe.

Da Inquisit sich auch bisher bei dem Herzoglichen Leibregiment wohl verhalten, einen langen Arrest und dabei viele und empfindliche Schläge erlitten, auch das Gestohlene wiedergegeben hätte; so bat Defensor, ihn von der Untersuchung kostenfrey zu entbinden.

Darauf, ob dem Inquisiten suggestivische Fragen vorgelegt, und ein Bekenntniß durch rechtswidrige Mittel bewirkt worden, kommt es, da Inquisit die That beharrlich läugnet, bei der gegenwärtigen Lage der Sache nicht an. Erheblicher ist die Frage: ob der Thatbestand so weit ausgemittelt sey, daß eine Verurtheilung des Inculpaten gegründet werden könne? Es ist außer Zweifel gesetzt, daß bei dem Grenadier Bielau 188 Loth gehacktes Silber angetroffen worden. Wenn auch Inculpat selbst dies nicht als gestohlenes anerkannt hätte; so würde sich doch dies schon aus der beschriebenen Beschaffenheit des gehackten Silbers ergeben. Nothwendig wird dabey ein Diebstahl vorausgesetzt, er sey auch geschehen wo er wolle. Es ergiebet sich

aber

aber auch aus eben dieser Beschreibung, daß dieses zerhackte Silber unter die Bruchstücke der entwendeten Herzogl. silbernen Teller gehöre. Denn die Merkmale davon haben sich, wie Inquisit selbst anerkannt hat, an den Tellern gefunden, und der Einwand des Defensors, daß die Silberdiener Gorkhard und Müller, und die Silberscheuerin Ried sich selbst widersprochen hätten, hebt sich, wenn man erwägt, daß einestheils der Auszug aus dem Protocoll nicht das Protocoll selbst ist, und die Aussage der Comparenten selbst nicht enthält, und daß anderntheils das Gothaische Stadtzeichen entweder dem Augspurgischen kann beigefügt, oder auf den von dem Goldschmidt Gerbet erkauften kann befindlich gewesen seyn, und man muß eher einen Irrthum des Protocollanten in der Verwechselung der 2ten und 3ten Tellersorte, als einen Meineid der Zeugen voraussetzen, zumal da auch der Goldarbeiter Gerbet selbst gegenwärtig war, und die Aussagen der übrigen Zeugen bestätigte.

Da es nun auch vorzüglich auf das aufgenommene Protocoll ankommt, in diesem aber sämmtliche Comparenten redend eingeführt werden; so fällt auch der Einwand hinweg, als ob eigentlich nur einer die Aussage gethan hätte.

Wenn ferner die Zeugen, weil ihnen die gestohlenen silbernen Teller anvertraut gewesen, nicht für glaubwürdig gehalten werden; so stehet diesem Verdacht der Umstand entgegen, daß keine Anzeigen einer verübten Untreue gegen sie vorhanden sind, und daß, wenn man ihnen auch nicht vollen Glauben beymessen wollte, doch soviel für bekannt angenommen werden müßte, daß gegenwärtig diese Teller fehlen. Nur in so fern sie selbst die Diebe wären,

ren, oder an dem Diebstahl Theil genommen hätten, könnten ihre Aussagen verdächtig seyn. Da nun aber selbst in diesem Falle die Entwendung gewiß, und nur die Person des Entwenders ungewiß wäre; so würde die Wirklichkeit einer vorgefallenen Entwendung unter keiner Voraussetzung bezweifelt werden können. Es kommt daher nur noch auf die Entscheidung der Frage an: ob und in wie fern Inculpaten als Theilnehmer des begangenen Diebstahls betrachtet werden müssen? Nach allem, was bisher vorgekommen ist, muß man es für unumstößlich gewiß halten, daß der Grenadier Bielau unter diejenigen gehört, welche gestohlene Sachen besessen und zu vertreiben gesucht haben, und er hat also nach dem Art. 40. der peinlichen Gerichtsordnung eine genugsame Anzeige der Theilnahme an dem Diebstahle gegen sich. Hierzu kommt noch, daß er die Art und Weise, wie er zum Besitz der gestohlenen Sachen gekommen sey, nicht einmal glaubhaft zu erzählen, geschweige denn zu beweisen vermocht hat. Denn, wenn auch Thatsachen, welche zur Rechtfertigung und Entschuldigung des Verbrechens dienen, nicht eben eines strengen Beweises bedürfen, so müssen sie doch wenigstens nach den vorhandenen Umständen wahrscheinlich seyn; im gegenwärtigen Falle aber fehlt es sogar an der Möglichkeit, daß sich die Sache so, wie Inquisit angiebt, könne zugetragen haben. Denn Inquisit will das Silber in Erfurt von einem unbekannten Menschen gekauft haben. Diesem Vorgeben aber stehet folgendes entgegen:

1) ist es nicht möglich, daß Inculpat seinen Weg von Gotha nach Hildburghausen über Erfurt genommen haben kann; denn, wenn man auch, der Gründe ungeachtet, weswegen

es

es wahrscheinlich ist, daß er erst gegen 9 Uhr von Gotha ausgegangen sey, annehmen wollte, daß er seine Reise um ½ 8 Uhr angetreten habe; so bleibt es doch unmöglich, daß er, wie er behauptet, einen Weg von 16½ Stunden in 9½ Stunden zu Fuß könne zurückgelegt, und ½ Stunde in Erfurt ausgeruhet haben.

Wenn man aber auch mit dem Defensor voraussetzen wollte, daß der Fußweg so weit nicht sey; so ist es doch immer noch unglaublich, daß Inculpat 13 Stunden in 8 Stunden könne zu Fuß gemacht haben, besonders, wenn man erwägt, daß er, nach seiner Angabe, bis nach Erfurt mit einer ansehnlichen Summe Geldes, und von da an mit 188 Loth Silber beschwert war, und daß er keine Gründe hatte, diese Reise nach Art eines Läufers zu machen. Wenn man aber auch dieses einräumen wollte, so ist doch

2) zu bemerken, daß, wenn seine Erzählung wahr seyn sollte, er nicht den Weg über Schwabhausen gemacht haben könnte, wo er doch von dem Dienstknecht Leineweber gesehen worden. Nun will zwar Inquisit diesen Zeugen als einen Dienstknecht seines angeblichen Feindes, des Steuer-Commissarius Harnisch, verdächtig machen. Es ist aber weder eine Todtfeindschaft des Harnisch erwiesen, noch würde daraus, weil der Herr ein Feind des Inculpaten wäre, folgen, daß der Dienstknecht an dieser Feindschaft Theil nehmen müsse, zumal da hier der Dienstknecht über Umstände, welche seinen Dienstherrn gar

nicht angehen, Auskunft giebt. Hierzu kommt noch, daß Inquisit selbst eingestehen muß, daß er selbst seines Aufenthalts in Schwabhausen gegen den Lieutenant von Spiller gedacht habe, und kein Grund ausfündig zu machen ist, warum Inquisit einen offenbar falschen, aber zufällig mit der Aussage seines angeblichen Feindes übereinstimmenden Umstand sollte angegeben haben.

Bei so bewandten Umständen muß man die Erzählung des Inculpaten, daß er das gestohlene Silber in Erfurt gekauft habe, schlechterdings für falsch halten. Es sind aber auch noch andere Umstände vorhanden, welche einen sehr dringenden Verdacht gegen ihn erregen. Denn, nicht wenig verdächtig ist der Umstand, daß Inquisit das der Bohnin zu Zella gegebene Päckchen mit dem gestohlenen Silber derselben heimlich wieder abforderte, damit es die beiden Reuter, nemlich der Lieutenant von Spiller und dessen Begleiter, nicht gewahr würden. Nun läugnet zwar Inquisit diesen Umstand, und er ist durch das Zeugniß der Bohnin nur zur Hälfte erwiesen; aber da hier mehrere einander unterstützende Anzeigen eintreten, so ist ein vollständiger Beweis einer jeden Anzeige insbesondere nicht nothwendig. Unter diese Anzeigen gehöret nun, daß Inquisit das Anerbieten des Scheermessers, sich auf dessen Pferd zu setzen, nicht annahm, sondern sich wieder entfernte, vermuthlich aus Furcht, damit das Klappern des Silbers nicht zu einer nähern Nachfrage, was er bei sich habe, Veranlassung geben möchte.

Diese Weigerung, mitzureiten, hat auch Inquisit nicht ins Leugnen gestellet.

Nicht

Nicht wenig verdächtig wird auch Inquisit durch die vollkommene Aehnlichkeit der Tasche, in welcher das Silber befindlich war, mit derjenigen, welche seine Ehefrau besitzt. Nicht nur die Aehnlichkeit des Stoffes, sondern auch der Form, des Futters, und der Art, wie sie zusammengenähet ist, giebt zu erkennen, daß beide Taschen zu einander gehören. Diese nicht geringe Vermuthung wird durch die Aussage seiner Schwägerin, der ledigen Wolfin, nicht wenig unterstützt, welche versichert, wie sie nicht anders glaube, als daß sie ein paar Wochen vor der Reise des Inquisiten beide Taschen auf dessen Bette gesehen habe. Wenn nun diese Zeugin dieses nicht mit Gewißheit behaupten will; so bedarf es auch einer vollen Zuverlässigkeit ihrer Aussage nicht, weil die große Aehnlichkeit beider Taschen auch ohne dieses Zeugniß gegen Inquisiten redet.

Hierzu kommt die innere Unwahrscheinlichkeit der Umstände, welche Inquisit von dem Einkauf des Silbers in Erfurt erzählt. Er will einem unbekannten Menschen, auf die Versicherung eines eben so unbekannten Menschen, Silber abgekauft haben, und dieser soll es ihm auch sogleich zugewogen haben. Diesem unbekannten Verkäufer zahlet er ohne Bedenken das Geld in einem fremden Orte sogleich aus, ohne sich vorher von der Aechtheit desselben gehörig überzeugt zu haben, und verwendet zu diesem Ende das ganze Geld, welches er zu seinem Gewerbe als Hopfenhändler bestimmt haben will. Dennoch wollte er noch an eben diesem Tage eben dieses Silber ohne allen Gewinn weiter verkaufen. Erwägt man nun endlich noch die Widersprüche, der sich Inquisit sowol bei der Beschreibung des Unbekannten, auf dessen Versicherung er

das Silber gekauft haben soll, schuldig gemacht hat, als diejenigen, welche sonst noch in den Acten *) vorkommen; so muß man die ganze Erzählung des Inquisiten für eine Erdichtung halten, um den Richter zu hintergehen.

Aus allen diesen Umständen zusammengenommen ergiebt sich mit Gewißheit, daß Inquisit gestohlene Sachen gekauft habe. Denn Inquisit hat gestohlenes Gut bei sich gehabt, und seinen Verkäufer und Währmann nicht angezeigt. Und wenn man es auch der Billigkeit nicht gemäß finden sollte, wenn die peinliche Gerichtsordnung Art. 38. dem, der geraubtes Gut besitzt, die Last des Beweises auflegt, daß er dieses Gut mit gutem Glauben an sich gekauft habe; so kann man doch auch bei der gelindesten Auslegung dieser Gesetzstelle, und bei der größtmöglichsten Begünstigung des Inculpaten, mit Recht von ihm verlangen, daß seine Angabe, wo nicht erwiesen, doch glaublich sey.

Da nun der wissentliche Ankauf gestohlener Sachen schon an sich straffällig ist, und nach dem Gerichtsbrauch sogar mit Landesverweisung und Staupenschlag bestraft zu werden pflegt;

Westphals Criminalrecht, Anmerk. 61. S. 154.
Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 371.

so kann schon allein in dieser Rücksicht die erkannte Strafe nicht für zu hart gehalten werden.

Es hat sich aber auch Inculpat einer Theilnehmung am Diebstahl selbst sehr verdächtig gemacht, da der Verdacht des Diebstahls auf seinen seit seiner Verhaftnehmung entflohenen Schwager fällt, und es höchst wahrscheinlich ist, daß die Reise in

*) Die Actenstellen sind, weil sie das Publicum nicht interessiren, nicht mit abgedruckt worden.

in der Absicht unternommen worden, das Silber an einem entfernten Orte zu verkaufen.

Es ist nicht glaublich, wenn Inquisit sein ganzes zum Hopfenhandel bestimmtes Geld zum Ankauf gestohlenen Silbers verwendet haben will, und es läßt sich unter den vorwaltenden Umständen nichts anders annehmen, als daß er von dem Diebstahl Wissenschaft gehabt, und an demselben wenigstens durch Beförderung der gesetzwidrigen Absicht des Verbrechers Theil genommen habe. Bei dem allem aber ist jedoch der Grad und die Art seiner Theilnehmung nicht ausgemittelt. Nun tritt zwar zu allen oben schon bemerkten Anzeigen einer Theilnehmung am Diebstahle noch dieses hinzu, daß Inquisit ein Mensch ist, zu dem man sich der That sehr wohl versehen kann, weil er schon, ehe er in die Kriegsdienste gegangen, sich im Dienste des Lieutenant von Einsiedel verschiedener kleiner Diebstähle schuldig gemacht hat, so daß dieser böse Ruf von einer glaubwürdigen Person herkommt, weshalb dieser Umstand ebenfalls unter die entfernten Anzeigen gehört,

C. C. C. art. 25. n. 1.

welche durch das, was in Ansehung des von dem Harnisch und Hauck verübten Diebstahls noch in der Folge wird bemerkt werden, nicht wenig Gewicht erhält. Allein, ob es gleich bei so bewandten Umständen das Ansehen gewinnt, als hätte, wo nicht auf die ordentliche Strafe des Diebstahls, doch wenigstens auf die peinliche Frage erkannt werden sollen; so steht doch allen diesen Gründen folgendes entgegen.

Nicht zu gedenken, daß die peinliche Frage auch da, wo sie noch erlaubt ist, unter diejenigen

Mit-

Mittel gehört, welche nur in höchst seltenen Fällen angewendet werden müssen, weil ein gezwungenes Geständniß die bisherigen Gründe des Verdachts nur alsdenn vermehrt, wenn der Gefolterte solche Umstände bekennt, welche kein Unschuldiger also wissen und sagen kann, weshalb der neuere Gerichtsbrauch das Erkenntniß auf außerordentliche Strafe dem Erkenntnisse auf die peinliche Frage vorzieht; so ist auch im gegenwärtigen Falle von der peinlichen Frage schon deswegen wenig zu erwarten, weil die zu Erzwingung eines Bekenntnisses angewandten Schläge ohne Wirkung gewesen sind. Da nun die Erfahrung zeigt, daß die Schläge wegen des mit jedem Schlage erneuerten Schmerzes gewöhnlich mehr wirken, als die gewöhnliche Tortur, weshalb auch einige die Bamberger Bank den übrigen Martern vorgezogen haben; so ist nicht wahrscheinlich, daß die Folter, wenn sie auch übrigens gebilligt werden könnte, im gegenwärtigen Falle Nutzen schaffen würde. Auch zeigt die Erfahrung, daß in den Ländern, wo die Folter außer Uebung gekommen ist, die unermüdete Geduld und das gute Benehmen des Richters mehr Geständnisse bewirkt, als die harten Mittel, welche nur den Trotz des Inquisiten vermehren, der eben deswegen, weil er schon einige Martern ausgehalten hat, auch die übrigen erduldet, um den Nutzen der schon erduldeten Pein, mit welcher er nun vertraut geworden ist, nicht wieder zu verlieren.

Bei dem allem ist jedoch nicht rathsam, bei wichtigen Verbrechen sogleich auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen. Vielmehr ist es zweckdienlicher, in Ansehung der außer Zweifel gesetzten geringern Vergehungen auf die dadurch verwirkte Zuchthaus- und Festungsstrafe zu erkennen, den

Ver-

Verbrecher aber, welcher nach geſchloſſener Unterſuchung weniger vorſichtig iſt, und ſich leichter verräth, beobachten zu laſſen, und die Unterſuchung in der Stille fortzuſetzen. Sollte auch dieſe während der erſten Strafzeit fortgeſetzte Bemühung vergeblich ſeyn, ſo kann doch dieſer Zeitraum Gelegenheit geben, den Verbrecher näher zu beobachten, oder ſonſt nachzuforſchen, ob und in wie fern von ſeiner Befreyung aus dem Arreſt nach geendigter Strafzeit Gefahr für das gemeine Weſen zu erwarten ſey, damit im letztern Falle deſſen längere Verwahrung, zwar nicht zur Strafe, aber doch zur Sicherheit verfügt werden könne, als welches um ſo nöthiger iſt, da Inquiſit ſich ſchon mehrerer Diebſtähle verdächtig gemacht hat, gleichwohl aber wegen ſeiner Jugend eine lebenswierige Zuchthausſtrafe zu hart geweſen wäre; da hingegen bey der im Erkenntniſſe enthaltenen Beſtimmung ihm die Hoffnung übrig bleibt, daß er durch eine gute Aufführung eine baldige Befreyung ſich verſchaffen könne.

Nun ſcheinet es zwar, als ob der Inquiſit wegen der bloßen Möglichkeit, daß er künftig mehrere Verbrechen begehen möchte, ſeiner Freyheit nicht beraubt werden dürfte. Es fällt aber dieſes Bedenken hinweg, wenn man erwägt, daß er durch ſeine eigene Schuld dieſe Maaßregeln nothwendig gemacht habe, und daß es in der Macht des Richters ſtand, auf die That, welche er gewiß begangen hat, eine längere Einſperrung als Strafe zu beſtimmen. Im gegenwärtigen Falle iſt die Strafe eben deswegen gelinder ausgefallen, als ſie beſtimmt ſeyn würde, wenn man, ohne Vorbehalt einer weitern Unterſuchung, eine außerordentliche Strafe erkannt hätte. Denn außer der Theilnehmung

mung am Silberdiebstahle fällt dem Inquisiten auch der Diebstahl der dem Steuer-Commissarius Harnisch und dem Musicus Hauck entwendeten Sachen zur Last, weil er nicht leugnen kann, diese Sachen besessen, und einen großen Theil davon bei dem Kemnitz auf eine verdächtige Weise niedergelegt zu haben; der unerwiesene Einwand aber, daß er gedachte Sachen von dem Steuer-Commissarius Harnisch zum Geschenk erhalten habe, um so weniger Glauben verdient, da ein Theil davon dem Musicus Hauck gehört, von welchem Inquisit selbst behauptet, daß er ihm kein Geschenk damit gemacht habe.

Es bedarf also nicht einmal der übrigen Verdachts-Gründe, welche aus den Antworten des Inquisiten und aus der Aussage des Harnisch und des Böhme sich ergeben. Da wegen dieses Diebstahls nicht zu erwarten ist, daß noch ein mehreres werde ausgemittelt werden; so ist bei Bestimmung der Strafe darauf schon Rücksicht genommen worden, so daß es also deswegen einer fernern Untersuchung nicht bedarf.

Weil aber doch wegen Mangel eines vollständigen rechtlichen Beweises nur eine außerordentliche Strafe erkannt werden kann; so ist diese mit Rücksicht auf den verdächtigen Handel mit dem zerhackten Silber zusammen auf eine dreyjährige Zuchthausstrafe, nebst Züchtigung am Anfang der Strafzeit, bestimmt worden. Obwohl nun Inquisit eine derbe Züchtigung wohl verdient hat; so ist doch wegen der in

Wagnitzens Nachricht von Zuchthäusern, B. 2. p. 97.

enthaltenen Bemerkung nicht geradehin auf den ganzen Willkommen erkannt, sondern die im Erkenntnisse enthaltene Bestimmung hinzugefügt worden.

Was die Ehefrau des Inquisiten betrifft, so hat zwar diese sich ebenfalls des bey dem Harnisch

und

und Hauck verübten Diebſtahls verdächtig gemacht, wie ſie denn auch die bei dem Kemnitz niedergelegten Sachen demſelben auf den Schubkarren gelegt zu haben eingeſtehen müſſen, ob ſie gleich dieſes anfangs geleugnet hatte.

Da es jedoch wahrſcheinlich iſt, daß ſie zu der Theilnehmung an dieſem Diebſtahl von ihrem Ehemann verleitet worden, und es immer noch ungewiß bleibt, wie viel oder wenig ſie dabei Antheil genommen habe, gleichwohl aber zu vermuthen iſt, daß deshalb niemals ein mehreres werde an das Licht gebracht werden; ſo bleibt nichts übrig, als ihr den erlittenen harten Arreſt zur Strafe anzurechnen. In Anſehung des Silberdiebſtahls aber mußte zwar eine einſtweilige Freyſprechung erfolgen, gleichwohl aber auf den Fall, daß ſich nähere Anzeigen gegen ſie ergeben ſollten, das Nöthige vorbehalten werden. Dieſer Vorbehalt iſt auch in Anſehung beider Eheleute um ſo nothwendiger, da die von dem Amte Gotha verhandelten Acten nicht mit eingeſendet worden, bei Gelegenheit der dort geführten Unterſuchung aber ſich verſchiedene Umſtände finden können, welche Anlaß zu einer neuen Unterſuchung gegen die Bielauiſchen Eheleute geben könnten.

Da übrigens beide Inculpaten die Unterſuchung durch ihre Schuld veranlaßt haben, und alſo auch die dadurch verurſachten Koſten, wenn ſie des Vermögens ſind, tragen müſſen; ſo ſind wir ſowol in der Hauptſache, als der Koſten wegen, ſo, wie im Urtheil geſchehen iſt, zu erkennen bewogen worden.

XV.

XV.

1) Das auf einen gewissen Preis bestimmte Wiederkaufsrecht schließt auch im Falle des Concurses die Subhastation aus.

2) Auch die Schweinfurthischen Stadtrechte stehen dem unter Nr. 1. erwähnten Satze nicht entgegen, weil

3) aus der Einschränkung des Vorkaufsrechts eine gleichmäßige Einschränkung eines unter Nr. 2. beschriebenen Wiederkaufrechts nicht gefolgert werden kann.

Geschichtserzählung.

An Burgemeister und Rath der Kaiserlichen freyen Reichsstadt Schweinfurth.

Der Bürger und Potaschensieder Johann Michael Lehnemann verkaufte zufolge eines am 4ten April 1775. in der Kaiserlichen freyen Reichsstadt Schweinfurth abgefaßten Kaufcontracts, dem dasigen Kauf- und Handelsmann Johann Ehrlein sein Wohnhaus nebst der Potaschensiederey für 1000 fl., und die gegenüber gelegene Scheune für 300 fl., zusammen für 1300 fl. fränkisch, wobei sich der Verkäufer auf 3 bis 6 Jahre das Wiederkaufsrecht für denselben Preis, nebst Erstattung des darin verwendeten, vorbehielt.

Die-

Diesem Kaufcontracte wurde folgende Clausel beigefügt:

> Daferne nun der Herr Kaufmann Lehnemann in der bestimmten Zeit den Wiederkauf wirklich exercirte, so solle er oder seine Erben das Haus nebst Scheuren, wie er sie bekommen und solche abgetreten worden, nachher an niemand anders, es sey über kurz oder lang, als an den Hrn. Ehrlein und seine Erben, es mag entweder eines allein, oder beide mit einander veräußert werden wollen, um den gedachten Preis verkaufen dürfen, es wäre denn, daß sie sich eines andern darüber gütlich verglichen, oder der Herr Ehrlein freywillig abstünde.

Der Verkäufer machte von dem ihm vorbedungenen Wiederkaufsrecht wirklich Gebrauch. Diesem zufolge wurde am 22sten Jun. 1778. ein zweyter Kaufcontract geschlossen, zufolge dessen Wiederkäufer gedachte Grundstücke für 1300 fl. käuflich übernahm, wobei die vorgedachte zum Vortheil des Ehrlein gemachte Clausel wiederholt, und so gefaßt ward:

> Und da solchemnach zufolge des Eingangs-erwähnten Kaufcontracts unterm respect. 9ten März und 4ten April 1775. Herr Lehnemann den Wiederkauf in der bestimmten Zeit wirklich exerciret, so solle dahingegen aber Er und seine Erben das Haus nebst Scheuren, wie er sie bekommen und solche ihm abgetreten worden, künftig an niemand anders, es sey über kurz oder lang, als an Herrn Ehrlein und seine Erben, es mag entweder eines allein, oder beide mit einander veräußert werden wol-

len, um gedachten Preiß verkaufen dürfen, es wäre denn, daß sie sich eines andern darüber gütlich vergleichten, oder Hr. Ehrlein freywillig hievon abstünde. Was aber zwischen dieser Zeit in bemeldete beide Grundstücke verbauet und verwendet worden, solches muß, nebst denen 1300 fl. Kaufschilling, alsdann wieder ersetzt, und von dem Wiederkäufer bezahlet werden.

In Ansehung der Scheune machte der Kaufmann Ehrlein schon im Jahr 1779. von seinem Wiederkaufsrechte Gebrauch, und brachte sie für 300 fl. wieder an sich. Während der Abwesenheit des verschuldeten Johann Friedrich Lehnemanns verkaufte dessen Ehegattin auch das Haus für den Wiederkaufspreiß an den Ehrlein. Weil aber der Gastwirth Johann Gottlieb Marquard zu Coburg, Namens seiner Schwester, gedachter Lehnemannin, und ihrer Mutter, diesen Contract als nichtig anfocht, so entstand darüber ein Proceß, welcher durch ein Erkenntniß der Juristen-Facultät zu Marburg dahin entschieden ward:

daß der von der Ehefrau des ausgetretenen Johann Friedrich Lehnemann mit dem Bekl. eingegangene Kaufcontract über das Wohnhaus ihres Ehemannes für zu Recht beständig nicht zu halten, sondern vielmehr besagtes Haus zur Concursmasse des Johann Friedrich Lehnemann wieder zu ziehen sey.

Dieses Erkenntniß ward zwar rechtskräftig; aber als der Kaufmann Schöner, als Hauptgläubiger des Lehnemannischen Creditwesens, um öffentlichen Verkauf des gedachten Hauses ansuchte, protestirte der Kaufmann Ehrlein dagegen, und bat:

das

das Lehnemannische Haus, weil es nunmehro verkauft werden muß, an niemanden anders, als an mich (den Ehrlein), und um den pactirten Preiß von 1000 fl. fr. zu verkaufen, und mich gegen den sogleich zu erlegenden Kaufschilling, mittelst eines auszufertigenden gerichtlichen Kaufbriefs, in den Besitz desselben einzuweisen.

Diese Protestation und resp. Klage wurde dem Beklagten zur Beantwortung zugefertiget, von diesem aber hauptsächlich eingewendet, daß dem Kläger das Marburgische Erkenntniß und die Schweinfurthische Stadtordnung Cap. 3. Tit. XXI. entgegenstehe, als zufolge welcher bei öffentlichem nothwendigen Verkaufe das Einstandsrecht, unter was für Recht und Titel es auch gesucht werde, nicht stattfinden soll.

Beide Einwendungen sind bei der gegenwärtigen Lage der Sache unstatthaft. Denn was

1) den Einwand betrifft, daß Kl. mit seinem Wiederkaufsrecht rechtskräftig abgewiesen sey, so ist dieser gänzlich ungegründet. In dem Erkenntnisse selbst ist nicht von dem Wiederkaufsrechte, sondern nur von dem mit der Lehnemannischen Ehefrau geschlossenen Kaufcontracte die Rede; und es waren dazu ganz andere Gründe vorhanden, als solche, welche von dem auf Seiten des jetzigen Klägers behaupteten Wiederkaufsrechte abhängig sind. Die Gründe des Erkenntnisses sind zwar in den Acten nicht zu finden, allein sie ergeben sich aus dem Streite, welcher deswegen geführt wird. Das Wiederkaufsrecht wurde dazumal so wenig bestritten, daß sogar die Marquardtin in ihrer statt der Triplik eingereichten Satzschrift ausdrücklich sagte:

Da gegenwärtig nicht von dem bedungenen Wiederkauf des in Frage stehenden Hauses, sondern ob der quästionirte Hausverkauf richtig abgeschlossen und seine vollkommene Richtigkeit habe, die Frage ist, so übergehe ich ꝛc. —

Ueberhaupt ist es schon genug, daß das Erkenntniß selbst dem jetzigen Kläger das Wiederkaufsrecht nicht abgesprochen hat, und es kann daher auch schon aus diesem Grunde jenes Erkenntniß auf die jetzige Geschichte nicht erstreckt werden. Es kommt also

2) nur darauf an:

ob das Wiederkaufsrecht, an sich betrachtet, im gegenwärtigen Falle zulässig sey?

Der Grund, aus welchem dieses Recht bestritten wird, ist, weil solches im Fall entstandenen Concurses nicht anwendbar sey.

Wenn man auch, wie doch von Seiten des Klägers bezweifelt wird, als eine richtige Thatsache voraussetzt, daß wirklich ein Concurs über das Lehnemannische Vermögen vorhanden sey, so würde dennoch die Ausübung des Wiederkaufsrechts dadurch keinesweges gehindert werden.

Nach gemeinen Rechten kann an der Richtigkeit dieses Satzes nicht gezweifelt werden.

Denn, wenn auch in dem vorliegenden Falle ein wahres Vorkaufsrecht ausgeübt würde, so würde doch selbst bei nothwendigem öffentlichen Verkaufe nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer jenes Recht nicht ausgeschlossen seyn.

Walchs Näherrecht, B. 1. Cap. 1. 3. Abschn. 2. §. 13. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

Noch

Noch weniger aber kann das Wiederkaufsrecht durch einen entstandenen Concurs ausgeschlossen werden. Denn die Gläubiger treten in die Rechte ihres Schuldners, und können durch den Concurs größere Rechte, als dieser gehabt hat, nicht erlangen, ein Satz, welcher selbst von denjenigen Rechtslehrern, welche die Creditores nicht als Successores universales des Schuldners betrachten wollen, dennoch anerkannt werden muß.

Dabelow vom Concurs, P. 1. C. 1. §. 32. pag. 82.

Wer nun das Eigenthum einer gewissen Sache nur unter der Bedingung erhalten hat, daß sie ihm unter gewissen Umständen zurückgegeben werden solle, kann dieses ihm bedingt eingeräumte Recht nicht als ein ohne Bedingung erlangtes behandeln, und die Eröffnung des Concurses kann daher auch ein bedingtes Recht nicht in ein unbedingtes verwandeln. Man bezweifle immerhin, daß die Concurs-Gläubiger auch in Rücksicht der persönlichen Verbindlichkeit an die Stelle des Gemeinschuldners treten, und daß sie nach der Analogie l. 8. §. 1. D. de rebus auct. jud. possidend. auch zu Erfüllung der von dem Gemeinschuldner in Ansehung fremden Vermögens übernommenen persönlichen Verbindlichkeit genöthiget werden können, so ergiebt es sich doch nicht nur aus der Analogie des eben angeführten Gesetzes, sondern auch aus der Natur des Concurses selbst, daß die Gläubiger diejenige Verbindlichkeiten übernehmen müssen, welche das eigne Vermögen des Gemeinschuldners betreffen.

Diese Natur des Concurses ist auch durch den heutigen Gerichtsbrauch nicht verändert. Wenn man daher auch annimmt, daß l. 16. D. de reb. auct. jud. possidend. nicht mehr Anwendung finde,

daß die Concursmasse anders nicht, als durch den öffentlichen Verkauf, in Geld gesetzt werden dürfe, so muß man doch zugeben, daß die Gläubiger nicht das Recht haben können, Sachen, welche gar nicht verkauft werden dürfen, zu verkaufen, oder das von einem Dritten erworbene Recht durch den öffentlichen Verkauf zu vereiteln.

Nun scheint es zwar, als ob die Schweinfurthische Stadtordnung dem Beklagten das Wort rede. Allein diese redet blos von dem Einstands-, aber nicht vom Wiederkaufsrechte.

Eine dergleichen einschränkende Verordnung darf auf andere, obschon ähnliche Geschäffte, nicht ausgedehnt werden. Es ist aber auch zwischen dem Klägerschen Wiederkaufsrechte und dem Einstandsrechte ein sehr merklicher Unterschied. Durch dieses wird die Freyheit des Verkaufs nicht eingeschränkt; durch jenes aber ist dem Lehnemann die Befugniß, die Sache an einen andern, als den Ehrlein, wieder zu verkaufen, gänzlich benommen worden.

Ob nun gleich dieses Recht dem Lehnemann und seinen Gläubigern ungleich nachtheiliger ist, als ein bloßes Vorkaufsrecht; so ist es doch eben deswegen ein stärkeres Recht (jus pinguius), und es kann daraus, daß das schwächere Recht im Falle des Concurses aufgehoben worden, auf die Aufhebung eines ungleich stärkern Rechts keine Folgerung gezogen werden.

Wird nun angenommen, daß der Kaufmann Ehrlein sich des ihm eingeräumten Wiederkaufsrechts auch nicht einmal im Falle des Concurses bedienen könne, so fällt in die Augen, daß es in dieser Rücksicht der Entscheidung der Frage:

ob hier ein Concurs vorhanden sey?

nicht bedarf.

In

In wie fern aber der gegenwärtige Beklagte ohne Beitritt der übrigen Gläubiger auf öffentlichen Verkauf des Grundstücks anzutragen berechtigt gewesen sey, kann aus den gegenwärtigen Acten nicht beurtheilet werden; soviel aber läßt sich auch ohne Einsicht der Lehnemannischen Credit-Acten bestimmen, daß Ehrlein dem Lehnemannischen Antrage auf öffentlichen Verkauf des Grundstücks zu widersprechen befugt sey.

Weil aber auch nur diese Frage bei der gegenwärtigen Lage der Sache mit Zuverlässigkeit entschieden werden konnte, so mußte auch hienach das Erkenntniß modificirt werden.

Aus vorstehenden Gründen ward erkannt, daß das im Streit befangene Lehnemannische Haus an niemanden anders, als an den Kläger und resp. Protestanten, und zwar für den im Kaufcontract vom 22sten Jun. 1778. bestimmten Kaufpreis von 1000 fl. fränk. zu verkaufen, und also Kläger und Protestant Ehrlein dem Antrage des Beklagten, Schöner, auf öffentlichen Verkauf des gedachten Grundstücks, zu widersprechen wohl befugt sey. Die Kosten dieses Rechtsstreits werden aus bewegenden Ursachen billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

XVI.

Wesentliche Form des Criminalprocesses.

Veranlassung.

In einem gewissen deutschen Lande sind gegen die gewaltsamen Diebstähle, besonders die in Banden verübten, sehr harte Gesetze ergangen, und es soll auch, zufolge derselben, der Proceß mit Hintansetzung der sonst erforderlichen Förmlichkeiten ganz summarisch geführt werden.

In einem neuerlich vorgekommenen Falle war zweifelhaft:

1) ob dieses Gesetz, welches sich vorzüglich auf die damaligen Zeitumstände bezog, noch anwendbar sey;

2) was zur wesentlichen Form eines jeden Criminalprocesses gehöre.

Das Gutachten der Hallischen Juristen-Facultät betraf vorzüglich die 2te Frage, und lautete im Wesentlichen, wie folget.

August 1795. Als der Herr uns die wider den N. N., N. N., N. N., die N. N. und N. N., wegen verschiedener Diebstähle geführten Untersuchungsacten, in eilf anbei zurückkommenden Bänden, nebst sämmtlichen Diebes-Instrumenten, auch eingereichten Vertheidigungsschriften, zugesendet ꝛc.

Daß

Daß zuvörderst zu den Acten zu vermerken sey, ob und in wie fern das Vorgeben des Defensors, als ob das Patent vom 17ten Junius 1758. schon seit geraumer Zeit nicht mehr vorschriftsmäßig publicirt worden, seine Richtigkeit habe; auch ist eine genaue Beschreibung der Lage der Oerter, wo die gewaltsamen Diebstähle vorgefallen, mit Zuziehung der Defensoren, und besonders, wie nahe oder entfernt sie von bewohnten Orten gewesen, zu den Acten zu vermerken.

Endlich ist auch zwischen den Inculpaten und ihren Vertheidigern eine Unterredung vor einem hinlänglich besetzten Criminalgericht zu veranstalten, bei diesem sind die die Inculpaten besonders gravirenden Hauptgeständnisse denselben nochmals vorzuhalten; auch stehet den Defensoren frey, vor dieser Unterredung dem Gericht die Puncte, worüber die Inquisiten näher vernommen werden sollen, schriftlich vorzulegen; dem Gericht aber liegt es ob, diejenigen Fragen, welche eine Suggestion in sich schließen, oder die Verbrecher zu einem widerrechtlichen Widerrufe verleiten möchten, mit Vermerkung der Gründe, zu verwerfen, worauf sodann ferner ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Gründe.

Denn zum Wesen einer jeden Vernehmung in Criminalsachen gehören folgende Handlungen:

1) müssen die Personen, welche als Zeugen oder als vermuthliche Verbrecher über das Verbrechen Auskunft geben können, aufgefordert werden, das, was ihnen davon bekannt ist, umständlich anzuzeigen. Werden durch die auf solche Art kundgewordenen Umstände spe-

cielle auf besondere Thatsachen gerichtete Fragen veranlaßt; so muß auch hierbei dem Befragten nicht die Antwort in den Mund gelegt, sondern die Frage so eingerichtet werden, daß der Antwortende dessen Umstände selbst anzugeben veranlasset wird, weil die Suggestionen, welche die Bekenntnisse und Aussagen unzuverlässig und verdächtig machen, anders nicht vermieden werden können. Nachdem auf diese Weise die Vernehmung über alle erhebliche sich bei der Untersuchung ergebende Umstände vollendet worden, müssen

2) bei einer abermaligen Vernehmung die bisher meistentheils einzeln und zerstreut vorgekommenen Aussagen in eine mit dem ganzen Lebenslaufe des Inculpaten verbundene zusammenhängende Geschichtserzählung gebracht werden, welche nicht blos zur Bequemlichkeit des Urtelsfassers gereicht, um ihm die Uebersicht des Ganzen zu erleichtern, sondern auch den Inquirenten theils veranlaßt, theils nöthiget, die etwa noch vorhandenen Lücken auszufüllen, die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Erzählungen in ein besseres Licht zu setzen, und alle Thatsachen aufzunehmen, welche auf die Milderung oder Verschärfung der Strafe Einfluß haben können. Hierbei verstehet es sich jedoch von selbst, daß auch schon bei der ersten Vernehmung der Lebenslauf des Inculpaten so vollständig als möglich aufgenommen werden muß, weil sich nicht selten daraus nähere Anzeigen des Verbrechens ergeben.

Bei minder wichtigen Untersuchungen sind die bisher erwähnten richterlichen Handlungen mei-

meiſtentheils zum Zwecke hinreichend. Je größer aber die Strafe iſt, welche auf das Verbrechen folgt, deſto nöthiger iſt es, die Puncte, welche einen vorzüglichen Einfluß darauf haben, auszuheben, und den Inculpaten darüber eine beſtimmte Antwort abzufragen. Denn in einer zuſammenhängenden Geſchichtserzählung kommen manche Umſtände vor, von denen ungewiß iſt, ob der, welcher ſie einem andern nacherzählt, ſie blos, um ſeinen Vortrag in Zuſammenhang zu bringen, eingeflochten habe, und ob nicht die dabei vorkommenden Nebenumſtände mehr in der Vorſtellung, welche ſich der Protocollant davon gemacht, als in der Erzählung des Inculpaten ſelbſt gelegen haben.

Es iſt ſchlechterdings unmöglich, daß eine zuſammenhängende Erzählung, ſo wie ſie in den Protocollen gewöhnlich enthalten iſt, durchgehends dieſelben Ausdrücke in ſich faſſe, deren ſich der Inculpat ſelbſt bedient hatte. Dies liegt auch gewöhnlich dem Protocollanten ſo wenig am Herzen, daß er ſelbſt da, wo er die eigenen Ausdrücke des Inculpaten ſehr wohl hätte brauchen können, dennoch ſich der Abwechſelung wegen anderer bedient; z. B. wenn er, wie dies auch in dieſen Acten geſchehen iſt, ſich des Ausdrucks bedient, eine gewiſſe Perſon habe zu leben aufgehört, anſtatt mit dem Inculpaten zu ſagen, ſie ſey geſtorben.

Ob nun gleich in den meiſten Fällen eine ſolche Veränderung der Ausdrücke keinen Nachtheil bringen kann; ſo bleibt doch dabei nicht ſelten der Zweifel übrig, ob der Protocollant

den

den Sinn des Inculpaten ganz vollkommen seiner Meinung gemäß ausgedrückt habe. Daher ist

3) die Ausziehung der vorzüglich erheblichen Puncte und die mit den eigenen Worten des Inculpaten darüber aufgenommene Aeußerung ein sehr nöthiger und nützlicher Theil der Criminal-Untersuchung.

Hierin besteht vorzüglich das Wesen der Special-Inquisition, und nicht, wie

Nettelbladt in dissert. de Sententia condemnatoria sine praevia inquisitione speciali,

und

Westphal im Criminalrecht, Anmerk. 120.

behaupten, in der Artikelform, obgleich nicht zu leugnen ist, daß diese Form am meisten geschickt ist, diesen Zweck zu erreichen.

Hieraus ergiebt sich auch zugleich, in wie fern die Special-Inquisition für entbehrlich gehalten werden könne.

Setzt man das Wesen der Special-Inquisition in der bloßen Artikelsform, so kann sie allerdings entbehrlich scheinen, obgleich jeder, welcher etwas tiefer als der große Haufen über diese Form nachgedacht hat, die Beibehaltung derselben empfehlen wird. Versteht man aber darunter die gleich beschriebene dritte Operation der Inquirenten; so ist sie um so unentbehrlicher, je mehr zu besorgen ist, daß der Inquirent, welcher vorzüglich auf die Ueberführung des Inculpaten Bedacht nimmt, den factischen Umstand, welcher zu seiner Vertheidigung dient, nicht genug herausheben, oder wohl gar übersehen möchte.

Wird aber der Inquisit selbst bei jeder ihm nachtheiligen Thatsache, wie dies bei dem articulirten Verhör geschieht, auf die rechtlichen Folgen aufmerksam gemacht, und zuletzt noch aufgefordert, das, was zu seiner Entschuldigung dient, anzuführen; so ist man versichert, daß der Inculpat nicht etwan aus Unkunde der rechtlichen Folgen und des wahren Sinnes der im Protocoll gebrauchten Ausdrücke, Thatsachen dem Scheine nach eingestanden habe, welche einzuräumen seine Absicht nicht gewesen ist.

Wenn man also auch annehmen muß, daß die Landesobrigkeit darüber, welche Förmlichkeit bei der Untersuchung nothwendig sey, am besten urtheilen könne, und auswärtige Rechtscollegia dies mit gebührender Bescheidenheit anerkennen müssen; so muß man doch auch als gewiß voraussetzen, daß der, welcher die Strafe selbst bestimmen soll, auch von der Zuverlässigkeit der Geständnisse, auf welche sich das Straferkenntniß gründen soll, überzeugt seyn müsse, und daß er also auch über die wesentliche Form der Verhöre, ohne welche sie ihm keine vollkommene Ueberzeugung gewähren können, zu urtheilen berechtiget sey. Im gegenwärtigen Falle ist mit Zufriedenheit der hohen Landesbehörde die äußerliche Form der Special-Inquisition nach Anleitung des Patents vom 17ten Junius 1758. nicht beobachtet worden, doch sind dieselben Personen mehrmals abgehört, Confrontations-Puncte entworfen, und die Inquisiten solchergestalt über die Hauptpuncte besonders vernommen worden.

Der Zweifel aber, ob nicht bei Abfassung des Protocolls hin und wieder Ausdrücke gebraucht worden, welche der Absicht der Inculpaten nicht voll-

kom-

men gemäß sind, behebt sich nicht nur durch die bestimmten Antworten, sondern wird auch vollends beseitiget werden, wenn die Defensoren in Gegenwart des Gerichts zu einer Unterredung mit den Inculpaten verstattet werden. Werden bei dieser die in den Acten befindlichen Hauptgeständnisse wiederholet; so kann um so weniger ein Zweifel übrig bleiben, da ohnedies die Wirkungen der Handlungen und die Ausfündigmachnng der gestohlenen Sachen in Richtigkeit der meisten Geständnisse bewähret, und vorzüglich nur wegen des Grades der Theilnehmung, welche der N. N. und N. N. zur Last fällt, einige Zweifel entstehen, die aber durch die Unterredung mit den Vertheidigern leicht gehoben werden können. Die wegen des Corporis delicti der gewaltsamen Diebstähle erregten Zweifel werden auch durch eine mit Zuziehung des Defensors anzufertigende genaue Beschreibung von der Lage der Oerter, wo diese Diebstähle vorgefallen sind, aus dem Wege geräumet werden können, besonders wenn dabei genau vermerkt wird, wie nahe oder entfernt von Menschen die Häuser und Behältnisse sind, wo die gewaltsamen Diebstähle verübt worden. Dies ist aber auch um so nöthiger, da nach dem §pho 14. des Mandats vom 17ten Junius 1758. nicht alle gewaltsame Diebstähle schlechthin mit dem Tode bestraft werden sollen, und es jetzt noch zweifelhaft ist, ob die ganze Strenge des gedachten Mandats auf den gegenwärtigen Fall anzuwenden sey, weil nach der Versicherung des Defensors die vorschriftsmäßige Publication desselben schon seit geraumer Zeit unterblieben ist. Ein nach verübten Verbrechen ergangener Befehl, dieses Mandat dennoch in Ausübung zu bringen, würde als ein neues Gesetz zu betrachten seyn, und daher

her zwar die Form des Processes, aber nicht die Strafe auf die vorhergehenden Verbrechen rechtfertigen. Werden hier, wo es auf das Leben so vieler Menschen ankommt, und also eine leichtsinnige Beschleunigung der Sache doppelt pflichtwidrig seyn würde, die im Urthel vorgeschriebenen Maaßregeln angewendet; so wird mit Beiseitsetzung aller nicht schlechterdings nothwendigen Förmlichkeiten zugleich für die Beschleunigung und für die gründliche Abmachung der Sache gesorgt. Durch vorstehende Gründe sind wir so, wie im Urthel geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XVII.

Daß die in den römischen Gesetzen nach der Novell. 134. c. 10. auf den Ehebruch gesetzte Todesstrafe, welche auch der 120. Art. der P. G. O. zu bestättigen scheint, nicht mehr stattfinde.

Nach Schwarzenbach an der Saal.

Als dieselben uns die wider die Bürgers- und Wagnersfrau Margarethe Catharine verehelichte Ottoin und übrige in den Acten benannte Personen, wegen doppelten Ehebruchs, Kuppeley und verübten Thätlichkeiten, verhandelten Untersuchungs-Acten in einem anbei zurückkommenden Bande zugesendet ꝛc.

Daß der Melber und Baumwollen-Factor, George Peter Krug, und die Bürgers- und Wagnersfrau, Margarethe Catharine verehelichte Ottoin, wegen begangenen wiederholten und doppelten Ehebruchs, jedes eine Geldbuße von Einhundert Reichsthalern, der Weber Johann Heinrich Hölzel eine Geldbuße von fünf Thalern, die beiden letzten zusammen einen Drittheil der Kosten, die beiden Ehebrecher aber zwey Drittheile derselben, und zwar principaliter pro rata, eventualiter aber in solidum, zu tragen schuldig. V. R. W.

Gründe.

Denn die Ottoin sowohl als der Krug sind des wiederholten doppelten Ehebruchs geständig. Nun würde zwar nach der Nov. 134. c. 10. welche die pein-

peinliche Gerichtsordnung Art. 120. bestätigt zu haben scheint, gegen den Ehebrecher die Todesstrafe zu erkennen seyn. Da aber wegen des verschiedenen Begriffs, welchen die römischen Gesetze und die vorgedachte peinliche Gerichtsordnung mit dem Worte Ehebruch verbinden, sich jene Gesetze nicht wohl anwenden lassen, und daher nach dem Gerichtsbrauch nur zeitige Landesräumung, Zuchthaus-, Gefängniß- und Geldstrafe, nach Verhältniß der erschwerenden und der mildernden Umstände, erkannt zu werden pflegt;

Westphals Criminalrecht, Anmerk. 16. §. 4. Anmerk. 17. §. 9. und Nr. 63 b. p. 789.
Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 459.
Ge. Jac. Fr. Meisters practische Bemerkungen, P. 1. Nr. 26.
Kleins Criminalrecht, §. 379.

so hat auch hier von der Strenge der römischen Gesetze um so mehr abgegangen werden müssen, da die peinliche Gerichtsordnung

a. a. O.

ausdrücklich die Rüge des beleidigten Ehegatten voraussetzt, diese aber hier nicht vorhanden ist, da vielmehr beide Verbrecher auf Milderung der Strafe antragen.

Obgleich nach heutigen von dem römischen Rechte abweichenden Grundsätzen der Ehebruch der Ehefrau, wegen des daraus entstehenden großen Nachtheils für den andern Ehegatten, in der Regel härter, als des ehebrecherischen Ehemannes, bestraft werden muß; so hat doch die Strafe der Ottoin der Strafe des Krugs deswegen gleichgemacht werden müssen, weil dieser an dem Abkommen, die Ottoin auszuprügeln, Antheil genommen hat.

Schon hierdurch zeigt er sich in einem eben nicht vortheilhaften Lichte, wenn auch nicht aus den wider die Morgin verhandelten Acten wahrscheinlich würde, daß er eben derjenige sey, welcher auch mit dieser die Ehe gebrochen hat.

Der Johann Heinrich Hölzel hat nach seinem eigenen Bekenntnisse die Ottoin mit einem Streuast sehr derb ausgeprügelt, so daß die Ottoin, als sie vor Gericht erschien, die Merkmale davon noch am Gesichte trug. Durch diese eigenmächtig der Ottoin zugefügte grobe Mißhandlung hat er die erkannte Geldbuße verwirkt.

Der Dolinger ist zwar der Kuppeley sehr verdächtig, besonders da er selbst gestehen muß, daß er dem Krug hinterbracht habe, er solle des Nachts zu der Ottoin kommen, wenn er auch schon die Bestellung zu der angegebenen bestimmten Zeit nicht einräumen will. Da aber doch der bloße Verdacht noch keine Strafe zur Folge haben kann; so hat er nur zu einem Kostenbeitrag verurtheilt werden können.

Weshalb wir überall ꝛc.

XVIII.

XVIII.

In wie fern eine förmliche Denunciation nöthig sey, um die freye Verfügung des Debitoris cessi über die cedirte Forderung zu hindern.

In Extrajudicialsachen Peter Arnold Michaelsen, Klägers, Supplicanten, jetzt Impetranten, an einem, wider Hanns Christian Güntermann, Beklagten, Supplicaten, jetzt Impetraten am andern Theile, wurde von der hiesigen Juristen-Facultät mit

Nach Hamburg, an Burgemeister und Rath.

Voet. ad ff. Lib. 18. Tit. 4. §. 15.
Stryck in Caut. Contr. Lib. 4. c. 2. §. 8.
Schilter Exercit. 30.
Bergeri Oecon Jur. L. III. Tit. V. Th. 5. not. 6.

angenommen, daß auch eine von Seiten des Cessionarius vorgenommenene außergerichtliche Denunciation hinreiche, den debitorem cessum an der freyen Zahlung und Disposition über die cedirte Schuldforderung zu hindern, wofern dadurch eine solche Ueberzeugung gewirkt worden, daß die Redlichkeit des debitoris cessi nicht angenommen werden könne.

XIX.

In wie fern der gegenwärtige Besitzstand in Streitigkeiten mit dem Fiscus in Betrachtung komme.

Nach Coburg an die Regierung.

Als die Herren uns Imploration, Antwort und übrige bis zur Sextuplik verhandelte Schriftsätze, in Sachen der Adelich Hendrichischen Vogtey zu Ahorn, Imploranten an einem, wider den das Herzogl. Cent-Amt vertretenden bestellten Fiscal, Imploraten am andern Theile, betreffend den Besitz des Strafrechts in Fornicationsfällen, in 3 anbei zurückkommenden Actenbänden zugesendet ꝛc.

Daß die angebrachte Imploration nicht Statt hat; auch ist Implorantische Vogtey die durch diesen Proceß verursachten Kosten, nach deren vorgängigen Ansetzung und richterlichen Festsetzung, dem Gegentheil zu erstatten schuldig. V. R. W.

Gründe.

Die Implorantische Vogtey hat wegen des Strafrechts in Fornicationsfällen am 20sten März 1750. die summarische Possessorien-Klage angestellt, und sich dabei auf Besitzhandlungen von 1612. 1645. 1720. 1724. 1728. 1737. 1739. 1741. 1746. 1749. berufen. Der landesherrliche Fiscal hat in Vertretung des Cent-Amts den ruhigen Besitz geleugnet; Fälle, wo er unterbrochen wäre, angege-

geführet; und überhaupt die Zulässigkeit des summarischen possessorischen Rechtsmittels gegen den Landesherrn geleugnet; auch sich auf den Landtags-Abschied von 1613. berufen, welcher der Ausübung des angesprochenen Rechts entgegenstehe.

Bekanntlich streiten die Rechtsgelehrten darüber: ob die summarisch-possessorischen Rechtsmittel von Seiten der Unterthanen gegen den Landesherrn stattfinden.

Da bestimmte Gesetze mangeln, so kann der Streit nicht anders, als aus der Natur des Besitzes und der fiscalischen Rechte entschieden werden.

Mit Recht hat der bessere Theil der Rechtsgelehrten sich gegen die zu Bedrückung der Unterthanen gereichenden Privilegien erklärt, welche die Schmeicheley der Rechtsgelehrten sonst so freygebig dem Fiscus und seinem Sachwalter beigelegt hatte.

Ayrer de fiscalibus calumniis judicisque circa illas ejurandas arbitrio. In opusc. jur. Gotting. 1752.

Wenn der Fiscus jemand in Anspruch nimmt, so muß er seinen Anspruch, wie jeder andere Kläger, beweisen.

L. 25. D. de jure Fisci.

Auch in Ansehung des Besitzes kann der Fiscus in der Regel nicht mehr Recht als eine Privatperson haben.

Aber es dürfen auch die Rechte, wodurch ein jeder bei seinem Besitze geschützt wird, nicht zu Störung der öffentlichen Ordnung und gemeinen Sicherheit gebraucht werden.

Die Hoheitsrechte sind zum Besten aller Unterthanen dem Oberhaupte des Staats eingeräumt

worden. Wer diese verletzt oder sich zueignet, vergreift sich an dem gemeinen Gute der ganzen Gesellschaft, tritt eben dadurch aus der Reihe der übrigen Mitglieder des Staats heraus, und schwächt die Macht, welche bestimmt ist, zum Besten Aller zu wirken.

So lobenswürdig es ist, den Bedrückungen der fiscalischen Bedienten entgegenzuarbeiten, so nothwendig ist es auch, die Hoheitsrechte des Staats gegen die Privatpersonen, welche sie beeinträchtigen, aufrecht zu erhalten.

Die Gerichtsbarkeit gehört ohne Zweifel unter die Hoheitsrechte, und der wichtigste Theil derselben ist der, welcher die Bestrafung der Verbrechen zum Gegenstande hat; besonders aber ist dem gemeinen Wesen daran gelegen, daß das Strafrecht nicht als Mittel, Geld zu erpressen, gebraucht werde. Wenn auch die Patrimonial-Gerichtsbarkeit sich nach und nach aus der herrschaftlichen Gewalt des Gutsherrn entwickelt hat, so hat sie doch in ihrem jetzigen Umfange das Wesen der Gerichtsbarkeit angenommen, und muß nach den Regeln derselben beurtheilt werden.

Was nun besonders diejenigen Fälle anbetrifft, welche, wie die Ehe- und Sponsalien-Sachen, und die Verurtheilung in die Kirchenbuße, ursprünglich zu den geistlichen Gerichten gehörten, so läßt sich eine darauf erstreckende Gerichtsbarkeit aus der herrschaftlichen Gewalt nicht herleiten: also nur vermöge eines Privilegii konnte dieses Recht von Seiten des Imploranten erworben werden. Allein dadurch, daß jemand die Dreistigkeit hat, ein Hoheitsrecht ein oder anderesmal auszuüben, kann er, wenn nicht die öffentliche Ordnung zu Grunde gehen soll, noch nicht

das

das Recht erlangen, ferner im Besitz der angemaßten Befugniß geschützt zu werden. Es ist schon ohnedies bedenklich, das, was in Ansehung des körperlichen Besitzes einer Sache Rechtens ist, auf unkörperliche Sachen auszudehnen, und jemandem deswegen, weil er eine gewisse Handlung einmal vorgenommen hat, die Befugniß zu ertheilen, daß er auch künftig dergleichen Handlungen ungestört üben solle. Doch ungleich größer werden die Bedenklichkeiten, wenn von der Ausübung der Hoheitsrechte die Rede ist. Der neueste Besitz eines Hoheitsrechts kann also die Befugniß zu dessen fernerer Ausübung noch nicht begründen.

Danzens Grundsätze des summarischen Processes §. 16. n. IV. und die in der Note k. angeführten Rechtslehrer.

Ueberhaupt wird sehr viel dazu erfordert, wenn man mit Recht annehmen soll, der, von welchem die Ertheilung des Privilegii abhing, habe in die Ausübung desselben gewilliget. Eine dergleichen Einwilligung war nothwendig, wenn nach dem Jahre 1613. ein dergleichen Recht entstehen sollte, in so fern aber von einem schon vorher gegründeten Rechte die Rede ist, läßt sich das Vorrecht des neuesten Besitzes darauf nicht anwenden.

Eine solche Einwilligung war aber im gegenwärtigen Falle um so weniger vorauszusetzen, da zufolge der von dem Imploranten selbst beigebrachten Beilagen das Herzogl. Consistorium und das Cent-Amt immer widersprochen haben, so bald ihnen ein Fall, wo die Vogtey ihr angebliches Recht ausübte, bekannt geworden ist, vielmehr diese darüber sich beklagt haben, daß sie nicht in dem ausschließlichen Besitze dieses Rechts geschützt worden.

Es sind nur zwei Fälle möglich: entweder der Landesherr hat diesen Eingriff in seine Rechte erfahren, oder nicht. Im letzten Falle können dergleichen heimlich unternommene Handlungen kein Besitzrecht verschaffen.

Allein daß der erste Fall existire, und also der Landesherr diese Eingriffe erfahren, und sie genehmiget habe, ist so wenig bescheiniget worden, daß vielmehr aus dem eigenen implorantischen Anführen erhellet, das Herzogl. Consistorium habe sich der Anmaßung der Vogtey Ahorn widersetzt.

Dies würde auch in Ansehung des Zeitraums von 1726 bis 1734. über alle Zweifel erhaben seyn, wenn man implorantischer Seits sich auf die Beilagen 31. 32. 33. bestimmt eingelassen hätte. Denn diese freylich nur in Abschrift beigebrachte, aber doch von imploratischer Seite nicht als unrichtig angefochtenen Beilagen zeigen, daß die Vogtey Ahorn auch in Ansehung der Fornicationsfälle zu Rechtfertigung ihrer Ansprüche zu wiederholtenmalen unter Androhung der Präclusion aufgefordert worden.

Bei so bewandten Umständen sind auch die von implorantischer Seite beigebrachten Zeugen-Aussagen von keinem Belang, weil sie nur von dem, was zu Ahorn geschehen, aber nicht, in wie fern das Consistorium und der Landesherr Nachricht davon erhalten, und es genehmiget haben, Auskunft geben können.

Ein Besitz, welchem von Seiten des Landesherrn und der landesherrlichen Collegien so oft widersprochen worden, kann niemals, und noch weniger, wenn Hoheitsrechte der Gegenstand davon sind, rechtlich begünstiget werden.

Auch

Auch giebt das canonische Recht nicht undeutlich zu erkennen, daß niemand in dem Besitze eines die Hoheitsrechte des Staats oder der Kirche einschränkenden Privilegii geschützt werden soll, als wer einen titulirten Besitz oder eine unvordenkliche Verjährung für sich hat.

Cap. 1. de praescriptionibus in 6to, cap. 26. X. de V. S.

Hiergegen beruft sich nun zwar die Vogtey Ahorn in ihrer Quintuplik auf Cap. 7. de privilegiis; allein dieses enthält davon nichts, und wenn Cap. 7. de privilegiis in 6to, wie wahrscheinlich ist, gemeinet worden, so wird doch dabei ein solcher Besitz vorausgesetzt, welcher zur Vollendung der Verjährung tauglich ist, wovon aber im gegenwärtigen Falle das Gegentheil schon erhellet, weil nach dem, was oben ausgeführt worden, die Unterbrechung des Besitzes sich schon aus den Acten ergiebt.

Ferner fällt in die Augen, daß das gleich angeführte Gesetz nicht die bloße Thatsache des Besitzes, sondern alle bei dem possessorio ordinario erforderliche Eigenschaften desselben, ja sogar die Existenz eines Privilegii voraussetzt, welches, wenn es auch noch nicht als gültig angesehen werden kann, doch einen Titel zur Verjährung (quod saltem causam praescribendi praebet) an die Hand giebt.

Wenn dagegen einige Rechtslehrer dem titulirten Besitze gegen den Fiscus das Rechtsmittel des neuesten Besitzes einräumen, so setzen sie doch dabei immer ein Recht voraus, welches dem gemeinen Rechte nicht widerspricht. Daher hat man wohl Beispiele, daß jemand bei gewöhnlichen Grundherrlichen Rechten durch dergleichen Rechtsmittel geschützt worden, aber von einem eigentlichen

Hoheitsrechte, besonders von einem solchen, als im gegenwärtigen Falle behauptet werden will, ist alsdenn nicht die Rede. Hiezu kommt auch noch, daß, wenn nicht blos die Thatsache, sondern auch der Titel des Besitzes bescheiniget wird, immer mehr als ein bloßes Possessorium summariissimum vorhanden ist. Das Possessorium summariissimum ist also im gegenwärtigen Falle ohne Zweifel unstatthaft. Auch hat man von implorantischer Seite sich mehr auf den ältern als auf den neuesten Besitz berufen; dem ältern Besitze aber steht offenbar der Einwand der Unterbrechung entgegen.

Bei dieser Bewandniß der Sache kommt es gar nicht einmal darauf an, in wie fern die Landesordnung von 1555. Tit. XXI. hier Anwendung finde, ob der Landtagsabschied von 1613. erlaube, daß von dieser Zeit an noch eine Verjährung in Ansehung derjenigen Fälle stattfinde, welche zu den Obergerichten gehören, und ob die Fornicationsfälle dazu nach der Landesverfassung gerechnet werden müssen. Was hierüber von der einen Seite sowohl als von der andern Seite vorgebracht worden, besteht größtentheils in bloßen Abschriften, auch ist es so beschaffen, daß es bei dem gegenwärtigen Besitzstreite keinen Entscheidungsgrund abgeben kann. Soviel ist gewiß, daß, wenn auch einige Rechtslehrer annehmen, die Hurenbrüche gehörten in der Regel für die Civilgerichte,

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 377 b.

dieses einestheils unrichtig sey, weil diejenigen Fälle, welche ehehin für die geistlichen Gerichte gehörten, jetzt den Obergerichten, und besonders den Consistoriis, beigelegt sind, und weil daraus, daß an vielen

len Orten ein anderes eingeführt worden, auf andere Oerter kein Schluß gezogen werden kann; anderntheils aber auch in Ansehung der Herzogl. Coburgischen Lande aus dem Atteſt das Gegentheil erhellet; wie denn auch aus den beigefügten Cent-Amts-Acten ſich ergiebt, daß noch im Jahre 1788. in Fornicationsfällen nicht blos auf 2tägiges Gefängniß, ſondern auch auf Kirchen-Cenſur und einjährige Diſtrict-Verweiſung, und alſo auf eine zu den Untergerichten nicht gehörige Strafe erkannt worden.

Nun könnte es zwar ſcheinen, als ob hier, wo zwey verſchiedene Gerichte, nemlich das Cent-Amt und das Ahornſche Vogtey-Gericht, mit einander ſtreiten, das, was von dem landesherrlichen Rechte geſagt worden iſt, nicht angewendet werden könne.

Allein dieſes Bedenken verſchwindet, ſobald man in Betrachtung zieht, daß das Cent-Amt die Herzogliche Gerichtsbarkeit nur adminiſtriret, und alſo die Rechte des Landesherrn verſicht; da hingegen die Grundherrſchaft zu Ahorn ihr eigenes Privat-Intereſſe vertheidiget.

Da nun ſo viel Gründe zuſammentreffen, um die Klage als grundlos darzuſtellen, ſo folgt daraus die Abweiſung der Imploranten mit der angeſtellten poſſeſſoriſchen Bitte.

Nun könnte es zwar ſcheinen, als hätte ihr das poſſeſſorium ordinarium, wie auch das petitorium, ausdrücklich vorbehalten werden müſſen. Allein die Unterlaſſung dieſes Vorbehalts benimmt der Vogtey ihr Recht nicht.

Danzens ſummariſcher Proceß §. 18. Not. 10.

Der ausdrückliche Vorbehalt des poſſeſſorii ordinarii aber war deswegen ſehr bedenklich, weil die

Fehler

Fehler des behaupteten Besitzes sich schon aus den Acten ergeben, gleichwohl aber ein mehreres als die Abweisung des Klägers nicht erfolgen konnte. Denn obgleich der implorantische Antrag auch ein possessorium ordinarium einzuschließen scheint, so war doch die eigentliche Imploration dahin nicht gerichtet, und als eine Abänderung der Imploration kann dies um so weniger betrachtet werden, da implorantischer Seits auch in den folgenden Schriften darauf gedrungen wird, daß es auf die Eigenschaft des Besitzes gar nicht ankomme, weil man sich blos auf die Thatsache des Besitzes berufe, und die Sache in possessorio summariissimo verhandelt wissen wolle.

Auf der andern Seite konnte aber auch das possessorium ordinarium nicht ganz ausgeschlossen werden, weil sich jetzt noch nicht übersehen läßt, ob nicht vielleicht unter gewissen näheren Bestimmungen, die jetzt noch nicht erhellen, ein rechtmäßiger Besitz ausgemittelt werden könnte.

In Ansehung der Kosten ist es keinem Bedenken unterworfen, daß implorantische Vogtey solche allein tragen müsse, weil sie eine nach den Umständen ganz unstatthafte Klage angebracht hat.

Aus diesen Gründen sind wir, wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XX.

Von den rechtlichen Folgen bedingter Licitationen auf ein zur Concursmasse gehöriges Grundstück, und in wie fern eine Gewährleistung von Seiten des Licitanten gefordert werden könne.

Nach Altenburg, an Caroline Christiane Lommer das.

Als uns eine Geschichtserzählung nebst einer Frage samt den Beilagen zugesendet, und unsere rechtliche Meinung darüber verlangt worden;

Demnach erachten ꝛc. —

Der Kaufmann Johann Adolph Fritsche zu Altenburg hat am 12ten December 1791. ein Stück von dem zu seinem brauberechtigten Hause gehörigen Keller an seinen Nachbar Christian Gottlob Winter verkauft. Dies ist zwar noch vor förmlich eröffnetem Concurse, aber doch zu einer Zeit geschehen, da ihm schon alle und jede Veräußerung seines beweglichen und unbeweglichen Vermögens bei Strafe der Nichtigkeit untersagt worden.

Als nun gedachtes Haus nach eröffnetem Concurs öffentlich verkauft werden sollte, wurden die gewöhnlichen Subhastations-Patente mit beigefügtem Anschlag und deutlicher Beschreibung dieses Hauses und der zu diesem Hause gehörigen Stücke, besonders des vorerwähnten Kellers, vorschriftsmäßig erlassen.

In dem auf den 28sten November 1793. angesetzten Erstehungstermine erhöhete der erste licitant

tant das vorhergehende Gebot von 3000 Rthlr. auf 3300 Rthlr. mit Vorbehalt des Rechts der Cession, und behielt sich dabei ausdrücklich vor:

daß das von diesem Hause an vorher genannten Winter von dem nunmehr verstorbenen Gemeinschuldner verkaufte Stück Keller wieder zum Hause kommen müßte.

Dieses Gebot ward sodann nach zweymaligem Ausruf auf gleiche Art von dem Herrn Advocat Günther auf 4150 Rthlr. gebracht, und da auf erfolgten dreymaligen Aufruf und Lossagung der übrigen licitanten Curator litis die Gesetzmäßigkeit der Subhastation anerkannt hatte, erfolgte der Zuschlag gedachten Hauses, nebst Zubehör, an den Advocat Günther.

Es cedirte hierauf gedachter Herr Advocat Günther sein jus liciti an Frau Caroline Christiane Elisabeth Lommer gegen deren cum Curatore erfolgten Acceptation; worauf auch selbiger mehrmals erwähntes Haus, nebst Zubehör, von Rechtswegen in Ehre und Würden gereicht worden.

Als nun die Käuferin auch in Ansehung des oftgedachten Kellers vacuam possessionem begehrte, und dieserhalb um gerichtliche Veranlassung ansuchte, widersetzten sich Gläubiger sowohl als Curator litis diesem Gesuche; und ob er gleich anerkannte, daß die Veräußerung des Kellers an den Winter ungültig sey, so war er doch der Meinung, daß die Vindication des Kellers der Ersteherin lediglich zu überlassen, und die Concursmasse deshalb gegen sie zu nichts verpflichtet sey.

Er suchte diesen Widerspruch durch folgende Gründe zu rechtfertigen:

1) Kön-

1) könne kein Licitant in dem Erstehungstermine annoch Bedingungen hinzufügen, auf welche vorher keine Rücksicht genommen worden, indem dieses die Einwilligung sämmtlicher Gläubiger erforderte, welche jedoch bey dem Termine nicht zugegen wären; auch sey die Erhöhung des Gebots viel zu geringe gewesen, als daß man eine solche Kosten-verursachende, und zuletzt auf eine Entschädigungs-Verbindlichkeit hinauslaufende Bedingung hätte annehmen können.

2) Sey diese Bedingung weder im Subhastations-Patente enthalten, noch mit ausgerufen worden.

3) Könne von dem Ersteher eines Grundstücks mehr nicht verlangt werden, als das, was zu der Zeit, da solches gerichtlich gewürdiget worden, vorhanden gewesen. Nun erhelle aber nicht, daß das streitige Stück Keller erst nach der Taxe von dem Fritschischen Hause abgekommen sey.

4) Wäre nach Vorschrift der Altenburgischen Proceßordnung P. 1. cap. 35. §. 14. weder der Richter noch die Gläubiger zu einer Gewährsleistung verbunden.

5) Wären der Ersteherin zwar alle dieses Kellers halber dem Concurs zustehende Rechte überlassen, ihr aber noch dabei vor der Adjudication, daß die Creditores sich nicht damit befassen, und sie diese von einem ungewissen Ausgange abhängende Sache nicht übernehmen möchten, ausdrücklich zu erkennen gegeben worden.

Es habe ihr also freygestanden, wiederum von ihrem Gebote abzugehen, wenn sie eine Bedingung, welche

welche bei der Erstehung gar nicht hätte angebracht werden können, als conditionem sine qua non hätte ansehen wollen.

Daß in der Beschreibung des subhastirten Hauses, des Kellers Meldung geschehen, habe zwar seine Richtigkeit; allein die Größe desselben wäre darin nicht vorzüglich bemerket, mithin könne die Ersteherin solchen nicht anders vom Creditwesen verlangen, als selbiger bei der Taxation wäre vorgefunden worden.

Da nun aber

ad 1) und 2) die Pertinenzstücke eines Hauses im zweifelhaften Falle für mit ausgeboten zu achten sind, die Subhastations-Patente auch des zum Hause gehörigen von dem Defuncto mit dem Hause verkauften Kellers erwähnt, und die Bedingung, daß der streitige Keller für miterstanden geachtet werden solle, beigefüget worden, und es bei diesem zweyseitigen Contracte nicht allein darauf, was der Verkäufer ausgeboten, sondern auch auf das, was sich der Käufer ausbedungen habe, ankommt, so daß also die Einwilligung in ein bedingtes Gebot für die Einwilligung in eben diese Bedingung geachtet werden muß; auch

ad 3) die ausdrückliche Erklärung des Licitanten allen Zweifel hebet; ferner

ad 4) die Altenburgische Proceßordnung Cap. 35. §. 14. in den Worten:

> jedoch dieses alles nur um besserer Nachricht willen, damit der Licitant sich deshalb weiter erkundigen könne, und ohne daß der Richter oder die Gläubiger deshalb zu einer besondern Gewährsleistung verbunden seyn,

zwar

zwar ſattſam zu erkennen giebt, daß der Licitant weder von dem Richter noch von dem Gläubiger eine unbedungene Gewährsleiſtung fordern könne; dieſes aber auf den Fall, wenn der Licitant ſich gewiſſe Stücke ausdrücklich vorbedungen hat, nicht angewendet werden kann, weil auch der gerichtliche Verkauf nach den Regeln der Verträge beurtheilet werden muß, und der Richter vorzüglich Wort zu halten verbunden iſt,

Hommel Rhapſod. obſerv. 386. und 586.

als welches um ſo mehr angenommen werden muß, da das corpus creditorum auf das Kaufgeld nur unter den von Käuferin angebotenen Bedingungen ein Recht erhalten könnte, und alſo entweder wegen der nach Ausweis des Licitations-Protocolls vorbehaltenen actionis Paulianae jura ceſſa geben, (welches jedoch im Falle eines bloßen Vorbehalts wegen der vorher angeführten Stelle der Proceßordnung ohne Evictionsleiſtung geſchehen würde) oder wenn nachgewieſen werden könnte, daß die Regiſtratur unrichtig aufgenommen, und ausdrücklich auf Gewährung des ſtreitigen Kellers bei der Licitation ſelbſt gedrungen worden, den erledigten Beſitz deſſelben zu verſchaffen verbunden war. Da auch endlich

ad 5) es nicht darauf ankommt, was der Ceſſionariae, ſondern was dem Cedenten in termino angedeutet worden, indem das von dieſem erlangte Recht auf dieſe übergegangen war, und durch die nachfolgende Erklärung des Richters und der Gläubiger nicht weiter geſchmälert werden konnte, wie denn auch nach dem, was ad 1. und 2. bemerkt worden, die im Licita-

tionstermine gemachte Bedingung alle Zweifel hebt, welche aus der Fassung des gleichwohl deutlich für die Frau Käuferin sprechenden Subhastations-Patents nebst Taxe erregt werden konnten;

so sind wir der rechtlichen Meinung:

daß zwar in dem Falle, wenn der Herr Advocat Günther sich bei Erstehung des Johann Adolph Fritschischen Hauses der Worte bedienet haben sollte: er reservire sich wegen des von dem erstandenen Wohnhause abgerissenen, zu dem Winterschen Wohnhause heimlicher Weise gebrachten Kellers, actionem Pauliana nam, die Johann Adolph Fritschischen Gläubiger nur zur Cession ihres Rechts auf gedachten Keller an Frau Carolina Christiana Elisabeth Lommer, falls sie, von dieser Cession Gebrauch zu machen, dienlich erachtete, und zwar ohne Evictionsleistung, verbunden wären; daß aber eben diese Gläubiger, wenn gedachte Frau Käuferin zu beweisen vermöchte, daß die Erklärung des Herrn Advocat Günther unrichtig aufgenommen, und ihr Herr Cedent mit Zufriedenheit des Curatoris massae sich vacuam possessionem gedachten Kellers im Licitationstermine ausbedungen hätte, allerdings schuldig seyn, ihr den verlangten leeren Besitz des in der Frage erwähnten Kellers zu verschaffen, und die dazu erforderlichen Kosten über sich zu nehmen. V. R. W.

XXI.

Von der Pflicht des Richters bei Verstattung der Fristen, und besonders von den Wirkungen einer vorbehaltenen Frist zur Einreichung des Gegenbeweises.

Nach Dessau an die Regierung.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, deren Prosecution, dagegen eingereichte Exceptionen und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des dasigen Kaufmanns Carl Friedrich Bramigk, Imploraten, jetzt Leuteranten, an einem, wider den Cammerdiener Carl Ernst Triebel, Imploranten, jetzt Leuteraten, am andern Theile, in einem anbei zurückkommenden Actenbande zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen zu befinden, daß das vorige unter dem 18ten März 1794. eröffnete Erkenntniß dahin zu ändern, daß Implorat, jetziger Leuterant, an der ihm nachgelassenen Gegenbescheinigung noch nicht für versäumt zu achten, vielmehr dessen Gesuch um Eröffnung des Gegenzeugnisses zum beständigen Andenken allerdings Statt habe. Auch ist Implorat, jetzt Leuterant, dem Gegentheil die Kosten der Ungehorsams-Beschuldigung zu erstatten nicht gehalten, vielmehr sind die, sowohl dadurch als durch das eingewandte Rechtsmittel, verursachten Kosten gegen einander billig zu vergleichen und aufzuheben. Den beiderseitigen Schriftstellern ist die harte und

anzügliche Schreibart, die sie sich gegen einander bedienet haben, ernstlich zu verweisen. V. R. W.

Gründe.

Denn Leuterat findet wider die Art, wie Leurant die streitige Frist berechnet, arithmetisch betrachtet, nichts zu erinnern, und es kommt also nur darauf an, ob die Grundsätze, nach welchen Leuterant die ihm verstattete Frist zu Einreichung des Gegenbeweises berechnet hat, rechtlich gebilliget werden können.

Was nun zuerst die Frage betrifft:

ob der in dem am 17ten December 1793. angestandenen Termine zum Protocoll gegebene Vorbehalt der gewöhnlichen Sächsischen Frist die Wirkung eines Fristgesuchs habe?

so ist deren Bejahung wohl keinem Zweifel unterworfen. Denn so richtig es auch übrigens ist, daß ein bloßer Vorbehalt kein Recht geben und nehmen könne; eben so gewiß ist es doch auch, daß Leuterant sein Recht zu einer Frist von 6 Wochen und 3 Tagen nicht allein auf den Vorbehalt, sondern auch auf die stillschweigende Genehmigung dieses Vorbehalts gründe.

Auch die ausdrückliche Bitte um Frist hat die Frist selbst nur in so fern zur Folge, als diese Bitte ausdrücklich oder stillschweigend bewilliget worden. Nun läßt sich aber in der gleichgedachten Reservation das Fristgesuch nicht verkennen; denn es müssen die Anträge der Parteyen nicht nach den Worten, sondern nach ihrem wesentlichen Inhalte beurtheilet werden. Da nun in der darauf erfolgten Resolution die implicite nachgesuchte Frist nicht ab-

abgeschlagen wurde, so mußte allerdings die stillschweigende Bewilligung derselben vorausgesetzt werden.

Danzens Grundsätze des gemeinen ordentlichen Processes, §. 463. Nr. 4. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

Wenn man ꝛc. *)

Aber selbst alsdenn, wenn es auch zweifelhaft wäre, ob die Art, wie Leuterant die Frist berechnet, rechtlich sey, so würden doch die überwiegenden Gründe, weswegen Leuterant wieder in den vorigen Stand gesetzt werden müßte, nicht zu verkennen seyn. Wäre von einer zu Verschleppung der Sache gereichenden weit aussehenden Gegenbescheinigung die Rede: so würde der Richter im zweifelhaften Falle eher wider als für Leuteranten entscheiden müssen. Hier ist aber nur von der Eröffnung eines schon zum beständigen Andenken aufgenommenen Zeugen-Rotuli die Rede. Wenn es, wie nicht geläugnet werden kann, richterliche Pflicht ist, nicht blos an den Worten des Gesetzes zu klauben, sondern seinen wahren Sinn zu fassen, und dem Zwecke des Gesetzgebers gemäß zu handeln: so muß der Fall, wo der Gegenbeweisführer durch eine neue Beweisführung den Proceß verlängern will, von dem unterschieden werden, wo er nur um die Eröffnung eines schon aufgenommenen Zeugen-Rotuli bittet.

Bei dieser Lage der Sache mußte daher dem Leuteranten um so mehr geholfen werden, da Leuterat durch seinen Widerspruch den Verdacht gegen

*) Diese Stelle ist, weil sie das Publicum nicht interessirt, zu Ersparung des Raums nicht abgedruckt worden.

sich erregt, daß er sich einer bloßen Proceß-Formalität bedienen wolle, um der wesentlichen Gerechtigkeit Hindernisse in den Weg zu legen, deren Beförderung doch der wahre Zweck aller processualischen Formalitäten seyn muß. Weil jedoch Leuterat das vorige Erkenntniß für sich hat, so war die Vergleichung der Kosten eine Folge des in der Hauptsache ergangenen reformatorischen Erkenntnisses.

Da endlich beider Theile Rechtsfreunde sich härterer Ausdrücke, als es das Bedürfniß der Sache erforderte, gegen einander bedienet haben: so durfte auch die in dem Erkenntnisse enthaltene Zurechtweisung nicht unterbleiben.

Weshalb überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

XXII.

1) In wie fern eine von der vormundschaftlichen Obrigkeit versagte Ertheilung des Trauscheins zur anderweitigen Verheirathung als Zwang zu den den Kindern erster Ehe bewilligten Vortheilen betrachtet werden könne.
2) Von der Wirkung eines Vergleichs, wodurch mehr eingeräumt worden, als ohne den Vergleich hatte gefordert werden können.
3) Von dem Widerruf der Schenkung wegen Verletzung am Pflichttheile.

Nach Erfurt, an die Prov. Civil- und Criminalgerichte das.

Als die Herren uns Imploration, Exception und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Biereigen und Billardeur N. N., für sich und im Namen seiner Eheconsortin, Imploranten, an einem, wider den Rathsverwandten H**, als Curator der Mitklägerin Kinder erster Ehe, Imploraten, am andern Theile, in einem anbei zurückkommenden Actenbande zugesendet ꝛc.

Daß das implorantische Suchen nicht Statt hat, Implorant auch die dem Imploraten verursachten Proceßkosten zu ersetzen schuldig sey.

V. R. W.

Gründe.

Denn es ist unbezweifelt gewiß, daß die Justine Marie verwittwete L** vor ihrer Verheirathung mit dem jetzigen Kläger, dem Biereigen N. N., vor dem Vormundschaftsamte zu Erfurt sich dahin freywillig erkläret habe, daß, ohngeachtet ihr verstorbener Mann, der D. L**, wenig hinterlassen habe, sie dennoch aus Liebe zu ihren Kindern statt Vaterguts 3000-Rthlr. mit Einschluß des Pathengeldes aussetzen wollte, und zu diesem Ende eben so viel in Obligationen zur gerichtlichen Verwahrung abgeliefert habe.

Eben so gewiß ist es auch, daß das Vormundschaftsamt sich dabei nicht beruhiget, und sie an ihre vorher des Herrn Coadjutoris Erzbischöflichen Gnaden schriftlich gethane Vorschläge, den Kindern erster Ehe statt Vaterguts die Halbscheid ihres 11222 Rthlr. betragenden Vermögens mit 5611 Rthlr. auszusetzen, erinnert, daß zwar anfangs dieselbe verschiedene Einwendungen dagegen gemacht, sich endlich aber auf Zureden dahin erklärt habe, daß sie diese 5611 Rthlr. zwar ihren Kindern aussetzen, sich aber die Einkünfte von den 3000 Rthlr. bis zu der Kinder Verheirathung, oder bis zu deren eingerichteter besondern Wirthschaft, den Genuß der übrigen 2611 Rthlr. aber bis an ihren Tod vorbehalten wolle. — Dies wurde bewilliget, und der Vergleich auf diese Weise zum Protocoll vom 15ten October 1792. abgeschlossen.

Als nun in der Folge auch in Ansehung der zuletzt gedachten 2611 Rthlr. auf Sicherstellung gedrungen, und diese Summe auf ihr Haus eingetragen wurde, so klagte ihr Ehemann, theils als Vertreter seiner Ehegattin, theils für sich selbst,

und

und als Vater der Kinder zweyter Ehe, auf die Wiederaufhebung dieses Vertrags, und wollte zwar die Abfindung der 3000 Rthlr. gelten lassen, bat aber, die zuletzt gedachte Abfindung der 2611 Rthl. zu cassiren und aufzuheben. Er gründete diese Klage auf folgende Behauptungen:

1) Daß seiner Ehefrau durch Verweigerung des Trauscheins die Abfindung abgedrungen worden.
2) Daß es an einem rechtlichen Grunde zu dieser Abfindung mangele, weil ihr verstorbener Ehemann kein Vermögen hinterlassen habe, und also auch kein Vatergut habe ausgesetzt werden können.
3) Daß seine Ehegattin nicht schuldig gewesen sey, den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres eigenen Vermögens auszusetzen.
4) Daß sie in der That mehr, als die Hälfte ihres sichern Vermögens betrage, angegeben.
5) Daß dadurch der Pflichttheil der Kinder 2ter Ehe verletzt worden sey.
6) Daß sie ohne rechtlichen Grund in der freyen Verwaltung ihres Vermögens eingeschränkt worden.

Die Klage ward gegen den Curator der Kinder erster Ehe gerichtet, welcher dem gegenseitigen Antrage widersprach, den angeblichen Mangel des freyen Willens bei dem in Streit befangenen Vertrage läugnete, und die übrigen Behauptungen als unerheblich betrachtete.

Was nun

ad 1) den gerügten Mangel des freyen Willens bei dem hier zum Grunde liegenden Vertrage betrifft, so erhellet zwar aus der von dem Be-

klagten selbst beigebrachten Abschrift dieses Vertrages, daß die klägerische Ehegattin sich anfangs zu der Aussetzung der ganzen 5611 Rthlr. nicht habe verstehen wollen, daß sie dagegen verschiedene Einwendungen gemacht habe, und daß ihr zu Aussetzung der übrigen 2611 Rthlr. von Seiten des vormundschaftlichen Amts zugeredet worden sey.

Allein ungern eingegangene Verträge sind nicht für erzwungen, und durch Vorstellung der Bewegungsgründe bewirkte nicht als durch unerlaubte Mittel erpreßte zu betrachten. Der anfängliche Widerspruch ist eben ein Beweis, daß hier ein Streit obgewaltet hat, welcher durch einen Vergleich geendiget worden, und es kann auf das bloße Anführen des Klägers nicht angenommen werden, daß das vormundschaftliche Amt pflichtwidrig gehandelt habe. Es führet aber auch Kläger keine Thatsache an, welche eine unerlaubte Nöthigung in sich schlösse, so daß es also nicht einmal der Eröffnung eines Beweises bedarf. Die von dem Kläger angeführte, und in der klägerischen Ehegattin selbst liegende Lust zu heirathen, hat nicht die rechtliche Wirkung eines äußerlichen Zwanges; und es ist nicht einmal wahrscheinlich, daß der ohnedies durch Schwängerung vor der Ehe schon befriedigte Geschlechtstrieb eben zu der Zeit, als die klägerische Ehegattin vor dem vormundschaftlichen Gerichte erschien, so unwiderstehlich gewirkt habe, daß dadurch die Freyheit des Willens, welche auch im Falle einer widerrechtlichen Versagung des Trauscheins, durch höhern Orts nachgesuchte Hülfe ausgeübt

geübt werden konnte, gänzlich wäre ausgeschlossen worden.

Da übrigens gedachtes Gericht den Trauschein mit Recht verweigert, bis die Auseinandersetzung mit den Kindern erster Ehe erfolgt war, so kann diese Weigerung nicht als ein unrechtmäßiger Zwang betrachtet werden.

ad 2) und 3) ist es zwar allerdings richtig, daß die Wittwe in der Regel nicht schuldig sey, ihren Kindern erster Ehe einen Theil ihres eigenen Vermögens zur Abfindung auszusetzen. Allein da diese Forderung an sie schon in Arnstadt gethan worden war, und da man sie vorher als Verschwenderin behandelt hatte, so waren allerdings Gründe vorhanden, ihr die freye Verfügung wenigstens über einen Theil ihres Vermögens zu entziehen. Hierzu kam nun noch ihr schon vorher gethanes Anerbieten, die Kinder erster Ehe mit der Hälfte ihres Vermögens abzufinden. Dieses Anerbieten war erlaubt, und es konnte nur darüber ein Streit entstehen, in wie fern sie dieses Versprechen zurückzunehmen befugt sey. Dieser Streit ist durch den in dem Protocoll vom 15ten October 1792. enthaltenen Vergleich gehoben worden. Ob man soviel, als sie für die Kinder erster Ehe ausgesetzt hatte, von ihr fordern konnte, oder nicht, darauf kommt es nicht an, weil die Vermeidung des Streits ein rechtmäßiger Grund des Vergleichs ist.

L. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.
L. 23. C. de transact.
L. 2. C. de condict. indeb.
L. 6. C. de juris et facti ignorant.
L. 11. C. de n. n. p.

Weil

Weil nun auch Kläger die Abfindung mit 3000 Rthlr. gelten lassen muß, und also dadurch selbst zugiebt, daß eine Abfindung habe geschehen müssen, auf eine Verletzung über die Hälfte aber bei einem Vergleiche nicht Rücksicht genommen wird;

L. 78. §. ult ad SCtum Trebellian.

so fällt aller rechtlicher Grund, diesen gerichtlich abgeschlossenen Vergleich anzufechten, um so mehr hinweg, da auch die mütterliche Freygebigkeit unter die rechtmäßigen Gründe eines solchen Vertrags gehört, und die in dem mehrmals gedachten Protocoll übernommene Verbindlichkeit auch als eine Schenkung rechtsgültig seyn würde.

ad 4) und 5) ist es jetzt noch unerheblich, ob die klägerische Ehefrau in der That mehr als die Hälfte ihres Vermögens für die Kinder erster Ehe zur Abfindung ausgesetzt habe. Denn aus den vorher schon angeführten Gründen würde eine Verletzung über die Hälfte das getroffene Abkommen nicht rückgängig machen, und eine Verletzung am Pflichttheile kann, so lange der Erblasser noch lebet, nicht gedacht werden.

L. 6. C. de inofficioso testamento.
L. 1. §. 21. de collat.

Nun scheint es zwar, als ob bei Schenkungen, wofür die streitige Abfindung zu halten sey, allerdings auf die Verletzung am Pflichttheile Rücksicht genommen werden müsse, weil der ganze 29ste Titel des 3ten Buchs des Justinianischen Codicis von den inofficiosis donationibus handelt. Allein die Gesetze reden

von

von dem Rechte der Erben, nach dem Tode des Erblassers die in fraudem legitimae gemachten Schenkungen zu widerrufen, wie die Worte zeigen:

dum ageret in rebus humanes.
L. 1. Tit. cit.

ut tibi quartam debitae ab intestato portionis.
L. 2. Tit. cit.

Sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.
L. 3. loc. cit.

Daß die querela immodicarum donationum durchgehends mit der querela inofficiosi testamenti gleichen Schritt halten solle, ergiebt sich besonders aus L. ult. C. de inofficiosis donationibus.

Es erhellet auch schon aus der Natur des Pflichttheils, daß dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden können, weil das Vermögen bis dahin vermehrt und vermindert werden kann, und also nicht nach dem Zustande, in welchem es sich bei dem Leben des Schenkenden befindet, beurtheilt werden darf.

Allein obgleich den Kindern der nachfolgenden Ehe das Recht wegen angeblicher Verletzung am Pflichttheile auf Beschränkung des den Kindern erster Ehe zugedachten anzutragen, vorbehalten bleibt; so konnte doch aus diesem Grunde jetzt noch nicht auf Rescission des streitigen Vertrags angetragen werden.

ad 6) Zufolge dessen, was der Kläger selbst, theils ausdrücklich, theils stillschweigend, ein-

gestehen müssen, kann man als richtig annehmen, daß seine Ehegattin schon einmal für eine Verschwenderin erkläret worden, daß sie, wahrscheinlich um sich der obrigkeitlichen Aufsicht zu entziehen, sich nach Arnstadt gewendet habe, und als sie auch dort die Obrigkeit wachsam fand, wieder zurückgekehret sey, und ein Versprechen gethan habe, welches sie jetzt wieder zurücknehmen will.

So sehr sie sich auch bemüht, diese Thatsachen zu ihrem Vortheil auszulegen, so kann sie doch die Hauptfacta nicht läugnen, und sie erscheint daher als eine Person, in deren Händen das ihren Kindern bestimmte Vermögen nicht sicher ist, und es würde daher die Obrigkeit zu der Versicherung der Forderung ihrer Kinder berechtiget gewesen seyn, wenn auch nicht die Ortsgesetze diesen Schritt rechtfertigten.

Uebrigens kann Klägerin sich nicht weigern, die Kosten dieses Rechtsstreits allein zu tragen, weil einestheils die angestellte Klage zur Zeit noch nicht stattfindet, und anderntheils sie als Nießbraucherin von dem Vermögen ihrer Kinder auch die dasselbe betreffenden Proceßkosten tragen muß.

Dieses sind die Gründe, aus welchen wir so, wie im Urthel geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XXIII.

In wie fern der Vater einer gerichtlich zum Besten der Kinder erster Ehe von ihm gemachten Bedingung entgegenhandeln könne.

Nach Wolfenbüttel an die Justiz-Canzley.

Auf gegenseitig eingewandte Rechtsmittel der Supplication und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in Sachen der Annen Catharinen Könnecke in Warle, Klägerin, Appellatin, Supplicantin und resp. Supplicatin, an einem, wider den Kothsassen Schwenke und Cons. in Klein-Winnigstedt, Beklagten, Appellanten, Supplicaten und resp. Supplicanten, am andern Theile, Erkennen ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen zu befinden, daß es der in dem vorigen unter dem 10ten Februar 1794. eröffneten Urthel erkannten Zeugen-Vereidung und Beweise nicht bedürfe, vielmehr das Erkenntniß des Fürstl. Amts Winnigstedt de publicato den 24sten Febr. 1792. lediglich herzustellen, sämmtliche in dieser Sache aufgelaufene Kosten aber gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

Gründe.

Denn es kommt bei der Sache vor allen Dingen darauf an, ob der verstorbene Kothmann Hennig Könnecke zu Klein-Winnigstedt durch die in dem

dem vor Gericht abgesprochenen Eheverlöbnißvertrage vom 23sten September 1767. enthaltenen Worte:

> dagegen verschreibet der Bräutigam seiner Braut seinen Kothhof auf 20 Jahr, nach deren Verfließung er der Tochter erster Ehe übergeben wird, wenn selbige aber verstürbe, auf die Erben dieser Ehe fällt,

dergestalt verbunden worden, daß er in der Folge zum Nachtheil dieser seiner Tochter erster Ehe, der jetzigen Klägerin, über gedachten Kothhof nicht anders verfügen konnte.

Daß der Könnecke dazumal die Absicht hatte, seinen Kothhof der Klägerin nach 20 Jahren zuzuwenden, ist an sich klar. Eben so gewiß ist es auch, daß die Ehegattin und Kinder der folgenden Ehe sich dieses gefallen ließen, und daß sie also von ihrer Seite keine Befugniß haben würden, der Klägerin diesen Kothhof jetzt nach Ablauf dieser 20 Jahre streitig zu machen, wenn nicht der Vater selbst in der Folge über eben diesen Kothhof eine andere Verfügung getroffen hätte.

Nun scheint es aber, als ob demselben seine eigene vorgedachte Erklärung dabei nicht im Wege stehen könnte, weil dieses eine Bedingung war, die er sich zu seinem Besten aus Liebe zu seiner Tochter erster Ehe gemacht hatte, und weil ein jeder solchen Bedingungen, die nicht zum Besten des andern Theils gereichen, wieder entsagen kann.

Dieser Scheingründe ungeachtet, muß jedoch die entgegengesetzte Meinung angenommen werden.

1) Ist

1) Ist hier von einem vor Gericht geschlossenen Vertrage gemeiner Landleute die Rede. Der Vertrag ist nicht außergerichtlich verfertiget, und sodann dem Gerichte zur Bestättigung eingereicht worden, sondern der streitige Aufsatz enthält eine Erzählung alles dessen, was sich vor Gerichte zugetragen hat, und es wird in eben diesem Aufsatze auch der erfolgten richterlichen Bestättigung erwähnt, und erst hierauf wird das Instrument mit den Worten: Urkundlich ꝛc. beschlossen, so daß hier der Richter selbst unter die bei dem geschlossenen Vertrage handelnden Personen gehört, mithin das, was Hommel

in Rhapsod. Obs. 543.

von der Wirkung der richterlichen Bestättigung sagt, hier keine Anwendung leidet.

Nun war es aber die Pflicht des Richters, für die minderjährigen Kinder erster Ehe zu sorgen, und es muß von ihm, daß er seine Pflicht erfüllt habe, vermuthet werden. Zufolge dieser richterlichen Vermuthung muß angenommen werden, daß der Richter bei dieser von ihm unternommenen und durch ihn dirigirten Handlung, die zum Besten der Tochter erster Ehe gereichende Erklärung des Vertrags bewirkt nnd angenommen habe. Denn eine ordentliche Erklärung der Acceptation ist in dem ganzen Aufsatze nicht zu finden, es ist aber diese bei jedem Vertrage vorauszusetzen, weil ein Vertrag ohne Acceptation nicht gedacht werden kann; zum Besten der Tochter erster Ehe aber konnte ohnedies die Acceptation nur von dem Vater selbst, welcher hier der

versprechende Theil war, und von Seiten des Richters, welcher das Beste derselben besorgen mußte, erfolgen.

2) Findet hier L. 3. C. de donationibus, quae sub modo, Anwendung.

Denn in diesem Gesetz selbst wird ausdrücklich gesagt:

Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur (ein Fall, welcher hier vorhanden ist), veteris juris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit (der schlimmste Fall, welcher hier angenommen werden kann), placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condictione actionis persecutionem competere; (hienach hätte es von dem Könnecke und dessen Erben abgehangen, auf Erfüllung der Bedingung zu dringen oder nicht) sed cum postea benigna juris interpretatione Divi Principes ei, qui stipulatus non sit, (die jetzige Klägerin im schlimmsten Falle, wenn man nemlich annimmt, Vater und Tochter hätten ihre Rechte bei dem gedachten Vertrage nicht wahrgenommen) utilem actionem juxta donatoris voluntatem competete admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodatur.

Hieraus ergiebt sich, daß sogar nach Römischen Rechten in einem solchen Fall der dritte, welcher dem Vertrage nicht beigetreten war, dennoch ein Recht zu klagen erwerben konnte.

Nun

Nun ſteht zwar hier der Klägerin entgegen, daß der Donator ſelbſt das Geſchenk ſchon widerrufen hatte, und daß es alſo das Anſehen gewinnt, als ob hier die Klägerin eben deswegen nicht an ſeine Stelle treten, und alſo die Klage, welche eigentlich ihrem Vater zugeſtanden hätte, nicht anſtellen könne.

Allein es iſt zu Unterſtützung der Klage genug, daß die Klägerin ſelbſt, auch ohne Acceptation von ihrer Seite, ein Recht zu klagen erlangt hatte. Wird dies für richtig angenommen, ſo konnte die Diſpoſition ohne beſondere rechtliche Gründe nicht widerrufen werden. Es gewinnt zwar das Anſehen, als ob auf die angeführten Gründe darum keine Rückſicht zu nehmen ſey, weil Klägerin gegen das Erkenntniß vom 2ten Jul. 1793. die Gültigkeit der Eheſtiftung vom 23ſten September 1767. nicht beſonders urgirt, und erſt bei der Ausführung ihrer Beſchwerden gegen das unter dem 10ten Februar 1794. eröffnete Erkenntniß ſich darauf berufen hat, weshalb ſcheinen könnte, als ob erſteres Erkenntniß in dieſer Rückſicht rechtskräftig ſey. Weil aber Gründe des Erkenntniſſes nicht rechtskräftig werden, und Klägerin ausdrücklich ihre Beſchwerden gegen die Stelle des Erkenntniſſes, in welcher die erſte Diſpoſition als einſeitig verworfen wird, gerichtet hat, ſo kann das zuerſt gedachte Erkenntniß nicht für rechtskräftig geachtet, vielmehr muß hier L. un. C. ut, quae deſint advocatis partium, judex ſuppleat, angewendet werden.

Bei dieſer Lage der Sache kommt es auf die Frage, ob die ſpätere Verordnung, worauf die Beklagten ſich beziehen, gültig ſey, ganz und gar nicht an, und es bedarf alſo des deshalb eröffneten

und nachgelassenen Beweises nicht. Deswegen ist auch das von Seiten der Beklagten eingewandte Rechtsmittel unstatthaft, weil dieses nur die Gültigkeit der zuletzt gedachten Disposition zum Gegenstande hat.

Dagegen mußte die Vergleichung der Kosten eintreten, weil die Beklagten, gegen welche dieses Erkenntniß ausgefallen ist, schon zwey vortheilhafte Erkenntnisse vor sich haben.

Durch diese Gründe sind wir so, wie im Urthel geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XXIV.

Protestantische Ehescheidungssache.

Nach Wolfenbüttel an das Consistorium.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Supplication und Nullitäts-Querel, dessen Rechtfertigung, dagegen eingereichte Submissionsschrift und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Halbspänners Hennig Heinecke in Broistedt, Beklagten, jetzt Supplicanten an einem, wider dessen Ehefrau Anne Christine gebohrne Volzen, Klägerin, nun Supplicatin am andern Theile ꝛc. —

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen An- und Vorbringen zu befinden, daß das vorige am 15ten Febr. 1794. eröffnete Erkenntniß dahin zu suppliren, daß dem Beklagten außer dem eigentlichen Gegenbeweise auch noch der Beweis seiner Einwendungen dahin zu eröffnen sey, daß Klägerin ihn durch ihr Betragen zum Zorn gereizet habe. Sollte auch nach geführtem Beweise erhellen, daß die Klägerin bei den von dem Bekl. erlittenen Züchtigungen keiner Gefahr des Lebens und der Gesundheit ausgesetzt gewesen, oder daß Hoffnung vorhanden sey, der Ehemann werde künftig ein gemäßigteres Betragen gegen seine Ehefrau annehmen; so wäre sodann nicht auf die gänzliche Trennung der Ehe, sondern nur auf Scheidung vom Tisch und Bette, oder auf Anwendung zweckmäßiger Correctionsmittel gegen den Ehemann zu erkennen. Die Kosten dieses Rechtsganges werden billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Gründe.

Denn ob es gleich das Ansehen gewinnt, als habe auf die von Seiten der Klägerin dem Beklagten schuldgegebene üble Behandlung darum nicht Rücksicht genommen werden sollen, weil der Beklagte übrigens ein gutes Zeugniß wegen seines Lebenswandels für sich hat, und der Pfarrer Farrenholz, für welchen die Vermuthung streitet, daß er mit dem häuslichen Zustand seiner Pfarrkinder bekannt sey, sehr umständlich attestirt, daß Bekl. übrigens friedlich, die Klägerin aber zänkisch, ungefällig, eigensinnig, in der Wirthschaft träge und nachläßig sey, und den Beklagten zu den Thätlichkeiten, welche zwischen diesen Eheleuten vorgefallen wären, gereizt habe. Wenn daher auch die von der Klägerin in der Klageschrift angegebenen Züchtigungen wahr seyn sollten, so würde doch, wie es scheint, dadurch noch keine gänzliche Ehescheidung begründet werden können, weil einestheils dem Ehemanne das Recht der Züchtigung zustehe, und anderntheils nur eine Scheidung von Tisch und Bette stattfinden würde, damit vorher der Versuch gemacht werden könne, ob nicht der Ehemann sich künftig gelinder und sanfter gegen seine Ehefrau betragen würde.

Just. Henn. Boehmer, Jus Eccles. Prot. Lib. IV. Tit. 19. § 42.
Schotts Eherecht, §. 222.

Allein nicht zu gedenken, daß die eben angeführten Rechtslehrer dennoch eine gänzliche Ehescheidung zulassen, wenn die Mißhandlungen so groß gewesen sind, daß sie als insidiae vitae structae betrachtet werden können,

Boehmer l. c.
Schott l. c. not. XX.

ſo giebt es auch nicht wenig Rechtslehrer, welche eine gänzliche Entfernung der Gemüther von einander für eine rechtsgültige Urſache einer gänzlichen Eheſcheidung halten.

Kayſer de divortio totali §. 17.
Id. de jure Princ. Evangelici circa divortia §. 23.
Fleiſchers Geiſtliches Recht, B. 11. pag. 1959.

Wenn man nicht blos den Meinungen der Rechtsgelehrten folgt, ſondern auf die Gründe ſelbſt Rückſicht nimmt, ſo fällt in die Augen, daß dieſe unter den Proteſtanten entweder aus den Landesgeſetzen, oder aus der Natur des Ehevertrags genommen werden müſſen, weil die Vorausſetzung des Canoniſchen Rechts, daß die Ehe, als ein Sacrament, unauflöslich ſey, unter den Proteſtanten keine Anwendung leidet. Sieht man auf die Natur des Ehevertrags ſelbſt, ſo ergiebt ſich, daß er wegen ſolcher Beleidigungen und Umſtände, wodurch ein ſo wichtiger Zweck der Ehe, als die wechſelſeitige Unterſtützung und das gemeinſchaftliche Leben iſt, gänzlich gehindert wird, allerdings aufgehoben werden könne, und daß einer Ehefrau nicht zuzumuthen ſey, daß ſie noch ferner bei einem Ehegatten leben ſoll, an deſſen Seite ſie den gröbſten Mißhandlungen und beſtändigen der Geſundheit höchſt nachtheiligen Kränkungen ausgeſetzt iſt.

Landesgeſetze, welche über die Eheſcheidungen etwas verordnet hätten, ſind von keinem Theile angeführt worden. Auch das Juſtinianiſche Recht ſtehet in dieſem Falle der Eheſcheidung nicht im Wege. Denn ob es gleich Nov. 117. c. 14. auf den Fall: Si quis uxorem ſuam flagellis caſtigaverit, nicht mehr wie die Nov. 22. die Eheſcheidung beſtimmt hat; ſo werden doch die inſidiae vi-

tae structae Nov. 117. c. 9. als eine rechtmäßige Ehescheidungs-Ursache angeführt, und es folgt aus der vorher angeführten Gesetzstelle nur soviel, daß die bloße Züchtigung mit der Peitsche nicht mehr als ein Ehescheidungs-Grund betrachtet werden solle. Auch haben die Protestanten, in Sachen, welche sich auf die Religion beziehen, den Römischen Gesetzen keine unbedingte Gesetzkraft zugestanden, sondern sie betrachten vielmehr die religiösen Institute blos nach der Natur der Sache. Nach der Natur der Sache aber kann einer Ehefrau nicht zugemuthet werden, länger bei einem Ehemanne zu leben, bei welchem sie den grausamsten und sogar lebensgefährlichen Mißhandlungen ausgesetzt ist. Dagegen aber muß auch auf die Veranlassung dieser Zwistigkeiten, Züchtigungen und Mißhandlungen Rücksicht genommen werden.

Sollte es sich nun finden, daß die Ehefrau den Ehemann selbst dazu gereizt hätte, und daß der Ehemann zwar im Gebrauch des Züchtigungsrechts ausgeschweift, sich aber doch so betragen habe, daß künftig eine vernünftigere Behandlung seiner Ehefrau von ihm zu erwarten wäre; so würde nicht auf die gänzliche Trennung der Ehe, sondern nur auf die Scheidung von Tisch und Bette, und auf zweckmäßige gegen den Ehemann anzuwendende Correctionsmittel zu erkennen seyn. Alles dieses läßt sich nun, so lange der Beweis noch nicht geführet worden, keinesweges übersehen; wie denn auch auf das unbeeidigte Zeugniß des Predigers Farrenholz um so weniger jetzt schon Rücksicht genommen werden kann, da er das, was er bezeugt, größtentheils nur aus der Erzählung anderer wissen kann, und sich daher auch oft des Worts: soll, bedienet.

dienet. Aus vorſtehenden Gründen erhellet auch, warum das vorige Erkenntniß theils beſtättiget, theils ſupplirt worden. Eben daraus und aus den in dem vorigen Erkenntniſſe angeführten Gründen ergiebt es ſich aber auch, warum in Anſehung der zweyten Beſchwerde keine Abänderung des vorigen Urtheils erfolgen konnte; und da die Vergleichung der Koſten eine Folge der doch zum Theil geſchehenen Abänderung des vorigen Erkenntniſſes iſt, ſo hat überall, nicht nur in der Hauptſache, ſondern auch der Koſten wegen, ſo wie im Urtheil geſchehen iſt, erkannt werden müſſen.

XXV.

Von den Folgen eines mangelhaften Verlassenschafts-Verzeichnisses.

Nach Gera, an die Regierung daselbst.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, deren Fortsetzung und übrige rechtliche Verhandlungen, in Sachen des Johann Gottlieb Wolf, Appellaten, jetzt Leuteranten, an einem, wider den Johann Christoph Wolf, Appellanten, jetzt Leuteraten, am andern Theile, in dreyen anbei zurückkommenden Actenbänden zugesendet, und sich des Rechten darüber zu berichten verlanget ꝛc. —

Daß es des eingewandten Rechtsmittels der Leuterung ohngeachtet, bei dem vorigen unter dem 18ten März 1794. eröffneten Appellations-Erkenntnisse lediglich verbleibe; auch werden die Kosten dieses Rechtsganges aus bewegenden Ursachen billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Gründe.

Denn alles beruhet in dieser Sache auf der Entscheidung der Frage, ob das Verzeichniß des Johann Gottlieb Wolfischen Nachlasses statt eines Inventarii gelten könne, und ob nicht vielmehr Leuterant gegen den Leuteraten zum juramento in litem gelassen werden müsse.

Es befand sich nemlich der jetzige Leuterat in dem Besitze verschiedener Stücke, welche zu gedachter dem Leuteranten als seinem Pflegbefohlnen väterlichen Verlassenschaft gehören. Hierdurch ward zwischen ihnen ein Rechtsstreit veranlaßt, bei welchem

chem das vorgedachte Verzeichniß unter dem Namen einer Vormundſchafts- und Adminiſtrations-Rechnung übergeben wurde.

Nun kann zwar das, was in erwähnten Acten von Seiten des Leuterantiſchen Curators angeführt wird, daß nemlich des Leuteranten Vater, von deſſen Verlaſſenſchaft die Rede iſt, ſchon im Jahr 1780. geſtorben, die gedachte Specification aber erſt am 21ſten Jun. 1790. übergeben worden ſey, nicht bezweifelt werden, weil von Seiten des Gegentheils nichts dagegen eingewendet worden. Es ſcheint daher, als ob gegen Leuteranten wegen des nicht gehörig angefertigten Inventarii das juramentum in litem ſtattfinde; zumal da die ſtatt des Inventarii übergebene Specification ſo mangelhaft ausgefallen iſt, daß ſie über verſchiedene Rubriken, z. B. über das Mobiliar-Vermögen, gar keine Auskunft giebt. Bei dieſer Bewandtniß der Umſtände gewinnt es das Anſehen, als müſſe hier pr. l. 7. de adminiſtr. et pericul. tutor. Anwendung finden, wo es heißt:

> Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo feciſſe videtur: niſi forte aliqua et juſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit: ſi quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id, quod pupilli intereſt, quod ex juramento in litem aeſtimatur.

Wie es denn auch ſcheint, als ob Leuteranten nach der Vorſchrift l. 8. de in litem jurando das juramentum in litem zuerkannt werden müſſe. Allein l. 7. pr. de adminiſtr. et peric. tut. ſetzt 1) den gänzlichen Mangel eines Verzeichniſſes, und 2) die Abweſenheit einer gültigen Entſchuldigung voraus,

wie

wie denn auch 3) daselbst nicht von der Abschätzung des Betrages der Verlassenschaft, sondern nur von der Bestimmung des Interesse die Rede ist. Im gegenwärtigen Falle hingegen mangelt es nicht gänzlich an einem Vermögens-Verzeichnisse, und es ist also dadurch Leuterant in den Stand gesetzt worden, seine Gerechtsame durch Erinnerungen wahr zu machen. Was die Unvollständigkeit des Inventarii betrifft; so gehört diese zu den monitis, und würde allerdings in der Folge ein juramentum suppletorium ratione quantitatis veranlassen können; es ist aber hiebei nicht aus der Acht zu lassen, daß in Ansehung dessen, was sich nach der Anzeige des Leuterats unter richterlicher Aufsicht und Verwahrung befunden habe, kein juramentum in litem stattfinden kann. Denn dieses findet nur statt, so weit die Wahrheit nicht schon auf andere Art erhellet.

Brunnemann ad ff. Lib. 26. Tit. VII. l. 7. n. 6.

Nun wird aber bei diesem Eide eine fortgesetzte Verweigerung, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, und nicht ein bloßer Verzug vorausgesetzt.

Da sich nun aus den Acten nicht ergiebt, daß Leuterat die Aufnahme eines Inventarii schlechterdings verweigert habe, vielmehr derselbe die oft gedachte Specification auch vor Eintritt eines Contumacial-Erkenntnisses eingereichet hat; so findet auch hier l. 8. de in litem jurando keine Anwendung.

Nun hat zwar Leuterat kein eigentliches Inventarium, sondern nur eine bloße Specification beigebracht, und es mangelt auch nicht an Rechtslehrern, welche behaupten, daß selbst nach sächsischem Rechte die Specificatio jurata die Stelle eines von dem Vormunde aufzunehmenden Inventarii nicht vertreten könne.

Rivin. ad O. P. S. Tit. 31. enucl. 11.

als wohin auch

Bergers Oecon. Jur. Lib. 1. Tit. 9. th. 10. not. 1.

zu gehören ſcheint.

Allein L. 7. D. de admin. vel peric. tutor. beſtimmt nicht insbeſondere die Folge der vernachläſſigten Form des Inventarii, ſondern ſetzt den Fall voraus, wo aus der unterlaſſenen Aufnahme des Inventarii ein Schade für den Pflegbefohlnen entſtanden iſt; und dieſer Schade iſt es eben, deſſen Größe durch das juramentum in litem beſtimmt werden ſoll.

Allein im jetzigen Falle iſt ein ſolcher Schade nicht angegeben, ſo daß nicht einmal erhellet, worauf eigentlich das juramentum in litem gerichtet werden ſolle; überhaupt aber iſt auch dieſer Eid nur ein remedium ſubſidiarium, welches erſt alsdann eintritt, wenn die durch Schuld des andern Theils verdunkelte Wahrheit anders nicht ausgemittelt werden kann.

Stryk de Caut. juram. P. III. S. III. cap. 3. n. 132. ſq.

Eben deswegen kommt es auch jetzt darauf nicht an, ob die von Leuteranten angeführten Umſtände, wodurch der moraliſche Character des Leuterats verdächtig gemacht werden ſoll, richtig oder unrichtig ſind.

Weil aber doch Leuterat allerdings einige nicht unwichtige Gründe für ſich angeführt und Leuterant durch die Verzögerung der Rechnungslegung und das nicht in der gehörigen Form angefertigte Inventarium dieſen Zwiſt ſelbſt veranlaßt hat; ſo haben die Koſten dieſes Rechtsganges gegen einander verglichen werden müſſen.

Hierdurch ſind wir durchgehends ſo, wie geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

XXVI.

In wie fern Corporationen bei veränderter Verfassung die nach dem Alter bestimmten Vorzüge ferner genießen können.

Nach Hamburg, an Burgemeister und Rath.

Als Ew. Magnificenz und die Herren uns eingewandtes Rechtsmittel der Revision, dagegen eingereichte Exceptionen und übrige rechtliche Verhandlungen, in Extrajudicialsachen der Interessenten der Todtenlade, Fortuna genannt, Impetranten an einem, wider die Alten der Baumseidenmacher-Gesellen-Brüderschaft, Impetraten am andern Theile ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen zu befinden, daß das Decretum vom 14ten May 1794. und das Decretum confirmatorium vom 16ten Jun. 1794. aufzuheben, dagegen aber das vom 28sten Aug. 1793. wiederherzustellen, die Kosten aber gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

Gründe.

Denn es gewinnt zwar das Ansehen, als könne der Baumseidenmacher-Gesellen Brüderschaft, welche schon im Jahr 1603. gestiftet seyn soll, und unbestritten schon vor der im Jahr 1726. gestifteten Todten- und Begräbnißlade, Fortuna genannt, existirt hat, der Vorzug vor dieser nicht abgesprochen werden, da dieser sich lediglich nach dem Alter

der

der Stiftung richtet, und die bloße Modification der ältern Stiftung ihr den auf das Alter ihrer Entstehung gegründeten Vorzug nicht nehmen könne. Allein die Beibehaltung des alten Namens reicht nicht hin, um einer wesentlich veränderten alten Stiftung auch die alten Prädicate beizulegen. Nach dem eigenen Anführen der intervenirenden Alten der Baumseidenmacher-Gesellen sind die Todtenladen keine wesentliche Zunfteinrichtung, und es kann also zufolge dieses eigenen Geständnisses nicht das Alter der Zunft, sondern nur das Alter der Todtenlade entscheidend seyn. Es ist ferner ein unwidersprechlicher Rechtssatz, daß niemand den Umfang seiner Rechte willkührlich zum Nachtheil der schon erworbenen Rechte eines andern ausdehnen dürfe. Dies vorausgesetzt, folgt von selbst, daß die Baumseidenmacher-Gesellen-Brüderschaft einen Vorzug, welcher bisher nur den Zunftgenossen zugestanden worden, zum Nachtheil der schon bestehenden Todtenlade nicht auf mehrere hundert Personen, die nicht zu ihrer Zunft gehören, ausdehnen konnte. In so fern also gedachte Brüderschaft auch solche Subjecte, welche eigentlich nicht zu ihr gehörten, aufzunehmen anfing, war sie einer neuerrichteten Todtenlade gleich zu achten, so daß sie sich ihres alten Vorrechts nur in Ansehung ihrer Zunftgenossen bedienen kann. Auch aus der Vergleichung der von beiden Theilen beigebrachten Artikel ergiebt sich dieser wesentliche Unterschied der Amts- und der andern Sterbecassen.

Ueberall wird die Casse der Zunft, zu welcher der Verstorbene gehöret hat, der bloßen Stiftung vorgezogen, und nur bei letzter des Alters erwähnt. So heißt es z. B. in den Artikeln der Baumseidenmacher-Gesellen-Brüderschaft Art. VI. Nr. 2.

und

und in keiner Amtscasse oder ältern Stiftung dieser Stadt ist ꝛc. —

und eben daselbst Art. VII. Nr. 1.

und in keiner Amtscasse, oder sonsten in einer bürgerlichen Stiftung, die älter ist wie die unsrige,

und in den Artikeln der Interessenten der Todten- und Begräbnißlade Fortuna, Art. 7.

Ist jemand in eine ältere Brüderschaft oder in eine Amtslade —

Vor dem Jahre 1792. war die Sterbecasse der Baumseidemacher-Gesellen-Brüderschaft eine bloße Amtslade, an welcher die Zunftgenossen allein Antheil nahmen. Erst in diesem Jahre wurde sie eine für das Publicum errichtete Todten- und Begräbnißlade. Sie kann sich daher auch ihres Alters in Ansehung derjenigen, die nicht zu ihrer Zunft gehören, nicht bedienen. Hieraus rechtfertiget sich das Erkenntniß in der Hauptsache, und die Vergleichung der Kosten ist eine Folge des reformatorischen Erkenntnisses.

Aus diesen Gründen hat daher so, wie geschehen ist, erkannt werden müssen.

XXVII.

Es lebe die Gänse-Freyheit!

Der Gerechte erbarmt sich auch seines Viehes. Es scheint zwar, als ob dem Viehe blos an der Nahrung, und wenig an der Freyheit, sich und seine Stimme im Publico zu produciren, gelegen wäre, und als ob eben deswegen die Hirten der Völker nur für nothdürftiges Futter sorgen dürften. Aber sollten nicht vielleicht die Bürger zu Bützow sich auf das Bedürfniß der Gänse besser verstanden haben, als manche Veziere und Demagogen auf das Bedürfniß der Völker? Nicht zu gedenken, daß diese es zuweilen an Nahrung für Leib und Seele zugleich fehlen lassen, so scheinen auch jene besser eingesehen zu haben, wie wohl den Thieren aller Art freye Bewegung und freyes Geschwätz gedeihe. Die übrigen zweyfüßigen Thiere müssen sich freylich bescheiden, daß sie nicht alle Vorrechte der Retter des Capitoliums genießen können. Allein so wenig die Gänse das Capitolium gerettet haben würden, wenn man sie am Schreyen gehindert hätte: so wenig kann man die der Heerde drohende Gefahr kennen lernen, wenn die Schaafe nur nach dem Tacte des Hirtenstabes blöcken dürfen, und den Hunden das freye Bellen untersagt wird.

Dieser Warnung für die Hirten muß ich noch einen Zuruf an die Heerde beifügen. Wenn du getreten wirst, liebes Vieh, so beiße nicht unbedachtsamer Weise in alles, was dir zunächst auf-

stößt. Die meisten Tritte geschehen aus Mangel der Vorsicht, und nicht aus bösem Willen; deiner aber wartet, wenn du beißest, der Stock, der Maulkorb und die Kette.

Besonders, liebe Gänse, mäßiget eure Stimme im Publico, damit der Viertelsherr nicht eurer Spur folgen, und nicht dem öffentlichen Geschwätz und dem freyen Spatziergange zugleich ein Ende mache!

Ueber gewisse Gegenstände kann ich nicht sprechen, ohne warm zu werden; das einzige Mittel, diesem Uebel zu entgehen, ist, daß ich mir durch eine scherzhafte Aeußerung Luft mache, wozu mir dieser Rechtsfall reichlichen Stoff darbot.

Es sey mir erlaubt, noch eine ernsthafte Betrachtung hinzuzufügen.

Dieser Fall zeigt, nebst vielen andern, daß, wenn auch das Wort Freyheit zuweilen, selbst in deutschen Köpfen und Herzen, einige Gährung verursacht, die Ausbrüche dieser Gährung doch meistentheils mehr komisch als tragisch ausfallen. Wenn die Regierung den Zügel nur nicht ganz aus der Hand fallen läßt, hat die Sache keine Gefahr. Gefährlicher würde sie werden, wenn die Regierung durch Mißtrauen und zu weit getriebene Härte der Sache eine tragische Wendung gäbe. Wird aber die Gelindigkeit mit Maaßregeln verbunden, welche in den unruhigen Gemüthern noch einen Keim der Furcht zurücklassen, und verhütet man eben so sehr Verzweiflung und Erbitterung als den Triumph über den gelungenen Unfug, so hat man von dem übermüthigen Muthwillen des großen Haufens wenig zu besorgen.

Auf die von den in den Acten benannten eilf Bürgern in Bützow, wegen der ihnen schuldgegebenen Theilnehmung an den daselbst ausgebrochenen Unruhen, und deshalb gegen sie erkannten Strafe, geführte Vertheidigung und übrige rechtliche Verhandlungen, Erkennen ꝛc. — Nach Schwerin an die Herzogl. Mecklenburgische Justiz-Canzley.

Daß Inculpaten in der übergebenen Vertheidigungsschrift zwar soviel ausgeführet, daß sie sämtlich von der wider sie wegen Theilnehmung an den in Bützow ausgebrochenen Unruhen geführten Untersuchung einstweilen frey zu sprechen, daher auch mit der denselben in dem am 9 May 1795. publicirten Urthel unter Nr. 1. 2. und 3. erkannten Strafe zu verschonen; in Ansehung der ihnen im gedachten Urthel unter Nr. 4. zuerkannten Kosten aber ist gedachtes Erkenntniß lediglich zu bestättigen; auch sind Inculpaten die Kosten der geführten Vertheidigung aus ihren Mitteln zu tragen schuldig. V. R. W.

Entscheidungs-Gründe.

Zwischen der Bürgerschaft und dem Magistrat zu Bützow herrschten seit einiger Zeit verschiedene Mißhelligkeiten, welche sich vorzüglich auf die Vertheilung des gemeinen Holzes, und auf die Freyheit, die Gänse in der Stadt frey herumlaufen zu lassen, bezogen.

Der zuletzt gedachte Punct hat zu einem Tumult und zu der darauf folgenden Untersuchung Anlaß gegeben. Es war nemlich von Seiten des dasigen Magistrats den Bürgern verboten worden, noch ferner, wie bisher, die Gänse frey auf der Straße herumlaufen zu lassen, weil sie das Stroh,

womit die Plumpen und Wasserkünste gegen den Frost verwahret würden, abfräßen, diese Gewohnheit auch mit einer guten Policey nicht übereinstimme.

Auf die hierauf erhobenen Beschwerden der Bürger bei der Herzoglichen Policey-Commission wurde von derselben verordnet, daß es zwar den Einwohnern unverwehrt seyn solle, ihre Zuchtgänse den Tag über einmal zum freyen Wasser treiben zu lassen, daß aber sonst keine Gänse oder anderes Vieh auf der Gasse geduldet werden sollte. —

Es wurde daher dem Ausschußbürger und Viertelsmann Grävedünkel aufgetragen, die ohne Aufsicht herumlaufenden Gänse in den Pferdestall zu treiben.

Als dies Sonntags den 28 December wirklich geschah, wurde dadurch der Tumult veranlaßt, welcher in dem deshalb an Se. Herzogl. Durchlaucht von Seiten gedachten Magistrats erstatteten Berichte, folgendergestalt beschrieben wird:

> Die vorerwähnte Pfändung sey das Signal zu einem dem französischen Unwesen nahekommenden, schrecklichen, und in Bützow noch unerhörten Tumulte gewesen. Es sey nemlich gleich nach geendigtem Gottesdienste eine große Schaar Bürger bei dem Dirigenten, Dr. Hane, erschienen; der Schneider Schmidt habe das Wort geführet, und die sofortige Entlassung mit der Bedrohung gefordert, daß, da die Niedrigen unterdrückt würden, sie die Gänse, wenn sie nicht freygegeben würden, selbst in Freyheit setzen müßten. Der Dr. Hane habe zwar dem Redner seine unschickliche

Dro-

Drohung verwiesen, jedoch die baldige Befreyung der Gänse versprochen, aber unter der Bedingung, daß die Bürger bei der Herzogl. Policey-Commission wegen der geschehenen Pfändung Klage führen sollten. Diese Bedingung wären aber die Bürger nicht eingegangen, und wären mit wüstem Geschrey und Lerm hinweggegangen. —

Nicht lange nachher wären wieder einige Bürger, jedoch in geringerer Anzahl, angekommen. Unter diesen hätte sich, nach der Angabe des Magistrats, der Tischler Ebell und der Fuhrmann Martens durch Trotz ausgezeichnet, ersterer aber endlich versprochen, binnen 8 Tagen von der Herzogl. Policey-Commission Verordnung zu bringen, daß die Gänse wieder frey herumlaufen dürften. Inzwischen hatten sich, heißt es ferner in eben diesem Berichte, 7 bis 800 Tumultuanten und Zuschauer bei des Grävedünkels Behausung eingefunden, welche, ehe noch der Rathsdiener das Haus erreichen und die Gänse befreyen konnte, dieses schon ins Werk gesetzt hatten. Hierauf wurden die Fenster in des Grävedünkels Behausung eingeworfen, so daß der Grävedünkel sich den Mißhandlungen des Pöbels durch die Flucht entziehen mußte; dabei rief man: es lebe die Gänse-Freyheit! und zufolge des oft gedachten Berichts soll noch einigen Mitgliedern des Magistrats und mehreren Ausschußbürgern ein gleiches Schicksal bevorgestanden haben; besonders sollte der Zimmermeister Hoyer bei Gelegenheit des Aufstandes den Tumultuanten gesagt haben: sie müßten auf den Cämmerey-Berechner Brö-

cker und den Ausschußbürger Burmeister zuschlagen, wie auf einen tollen Hund; wobei sich der Magistrat die näheren Beweise vorbehielt. —

Hierbei ist zu bemerken, daß dieser Bericht wegen der Abwesenheit des Schriftstellers, dessen sich der Magistrat in seinen Rechtssachen gegen die Bürgerschaft bedient, nicht sogleich abgehen konnte, daß aber darin um schleunigen Schutz und Verhaltungsbefehle gebeten wurde.

Hierauf wurde ein Husaren-Commando von einem Unterofficier und 8 Mann nach Bützow befehliget, und die Untersuchung unter der Direction der Herzogl. Justiz-Canzley zu Schwerin geführt.

Nach geschlossener Untersuchung verordnete Eine Hochlöbliche Justiz-Canzley zu Schwerin:

1) daß der bei der ersten Empörung und trotzigen auch drohentlichen Widersetzung gegen die obrigkeitliche und Policey wegen vorgeschriebene untadelige Verfügung, wegen Pfändung der auf den Gassen hirtenlos und zum öffentlichen Schaden herumgehenden Gänse, in des Bürgermeisters Hause, in einer großen Schaar von den dazu vorher complottirten Bürgern, wie auch hernach der Wortführer gewesene Schneider Schmidt, mit dem Zuchthause auf ein halbes Jahr, und

2) die neben demselben in aufrührerischer Widersetzung sich vor andern ausgezeichnet habenden drey Bürger, nemlich der Sattler Scherpelz, Schuster Haase und Fuhrmann Martens, als welche auch gleich hernach in Ausführung der vorhin angedroheten Selbsthülfe, nemlich in eigen-

eigenmächtiger Wegholung der gepfändeten Gänse von dem Hofe und aus dem Hause des Viertelsmanns Grävedünkels, sich sehr thätig bewiesen und ungestüm betragen, folglich als die Hauptanstifter des in der Stadt entstandenen Auflaufs und Tumults um so mehr angesehen sind, als gleich unmittelbar darauf, als sie die gepfändeten Gänse mit Gewalt aus dem Grävedünkelschen Hause herausgeholet, das Fenster-Einwerfen von der Gasse zu durch schreyende Jungen seinen Anfang genommen, wodurch dem Viertelsmanne Grävedünkel vieler Schaden zugefüget worden, jeder mit vierwöchentlichem Gefängnisse bei Wasser und Brodt, mit Verstattung warmer Speise um den andern Tag; — endlich auch

3) die 7 Bürger: Holzrichter, Zimmermeister Hoyer und Jacobs, Compeer, Harnisch, Narbe und Rohde, wegen ihrer Theilnehmung an der verabredeten Widersetzung, eigenmächtigen Wegholung der gepfändeten Gänse und Veranlassung des Tumults, jeder mit vierzehntägigem Gefängnisse bei Wasser und Brodt, auch mit Verstattung warmer Speise um den andern Tag, zu bestrafen; darneben alle diese benannte 11 Bürger sowohl, als die übrigen in ihrer dermaligen Gesellschaft gewesenen, mit ernstlicher Verweisung ihres Unfugs, zusammen vor weitern dergleichen complottsmäßigen Empörungen und thätlichen Widersetzung gegen obrigkeitliche Anordnungen, mittelst Androhung härterer Leibesstrafen, auch gänzlicher Verweisung aus der Stadt, nachdrücklich zu warnen, und die obenbenannte 11 Condemnati

4) sämtliche Untersuchungs- und veranlaßte militairische Commando-Kosten, vorzüglich aber auch alle dem Viertelsmann Grävedünkel durch diesen Tumult erwachsene gerichtlich zu bestimmende Schäden und Kosten, zu gleichen Theilen zu erstatten schuldig, jedoch dergestalt, daß singuli in solidum für alle Schäden und Kosten haften, und ihnen nur der Regreß gegen ihre Mitgenossen quantum de jure vorbehalten bleibe. —

Endlich wurde E. W. Magistrat zu Bützow aufgegeben, vor allen Dingen die zu bestrafenden 11 Bürger arretiren zu lassen, ihnen hierauf das Urthel zu publiciren, und nach bewirkter behufiger Verordnung wegen Aufnahme des Schneiders Schmidt ins Zuchthaus zu Dömitz, diesen dahin sicher abführen zu lassen, auch übrigens allen Inhalt des Urthels zu vollstrecken, und wie solches geschehen, gleich nach erfolgter Ablieferung des Schmidts, mit Einsendung des Protocolls und des Dömitzer Ablieferungs-Scheins, zu berichten; auch wurden, um die Vollstreckung des Urthels zu unterstützen, abermals 1 Unterofficier und 8 Mann Husaren nach Bützow befehliget.

Dieses Erkenntniß wurde am 9 May 1795. publicirt und zur Vollstreckung gebracht, und diesem zufolge die Inculpaten, bis auf den kranken Fuhrmann Martens, in Arrest gehalten.

Am 10ten May d. J. zeigte der Justizrath von Raven bei dem Magistrat an, daß er die Vertheidigung der Inculpaten übernommen habe, und bat um Mittheilung der Acten und Einhaltung mit der Vollziehung des Urthels; er wurde aber abschläglich beschieden und an die vorgesetzte Behörde verwiesen.

Am

Am 11ten eben dieses Monats wurden von Seiten des Magistrats die strengsten Maaßregeln genommen, um den verhafteten Inculpaten alle Gemeinschaft mit andern Menschen abzuschneiden.

Die Abführung des Schmidts ins Zuchthaus, wurde durch einen Herzoglichen Geheime-Raths-befehl am 11ten May 1795. suspendirt, und den 13ten desselben Monats wurde dem Defensor eine Unterredung mit den Inculpaten verstattet.

Unter dem 12ten d. M. erging ein abermaliger Geheime-Rathsbefehl, nach welchem die Inculpaten nicht nur zur Vertheidigung verstattet, sondern auch gegen Caution des Arrestes inzwischen entlassen werden sollten.

Als hierauf sämtliche Inculpaten unter dem 15ten May ihr sämtliches Vermögen, und besonders ihre Häuser, zur Caution solidarisch verpflichteten; so wurde zwar diese Caution von Seiten des Magistrats unzureichend, höhern Orts aber zureichend befunden, und unter dem 16ten May 1795. verordnet, daß die Vollziehung der Urthelsmäßigen Strafen durchgehends ausgesetzt bleiben sollte; worauf auch am 18ten desselben Monats die Entlassung der Inculpaten erfolgte.

Da unter allen in dieser Untersuchungssache abgehörten Zeugen der Schuhmachergesell Zebell der einzige Vereidete war, so richtete auch Defensor seine Haupt-Vertheidigung auf die Entkräftung dieses Zeugnisses, und es wurden auf seine Instanz verschiedene Zeugen abgehört, um den Zebell als einen Meineidigen darzustellen.

Defensor glaubte hierauf die Unschuld der Inculpaten so weit ins Licht gestellt zu haben, daß er

sogar den Magistrat zu Bützow ex lege diffamari belangen, und ihn als einen verdächtigen Richter perhorresciren könnte. Und ob er gleich damit nicht nachließ, so wurde er doch immerfort abschläglich beschieden, und endlich angewiesen, die lange verzögerte Vertheidigungsschrift einzureichen.

Als er sich dabei nicht beruhigen, sondern ein Rechtsmittel einwenden wollte, wurde er zwar abermals abschläglich beschieden; es wurde jedoch zugleich verordnet, daß seine dieserhalb eingereichte Schriften den zu versendenden Acten mit beigefügt werden sollten. Endlich wurden zwey Defensions-Schriften, nemlich eine für den Rohde und Hoyer, und eine andere für die übrigen Inculpaten, und noch ein Nachtrag zur Defension eingereicht.

Was nun zuvörderst die Perhorrescenz des Magistrats als Richters anbetrifft, so ist Defensor in den erhaltenen Resolutionen gründlich und treffend beschieden worden, daß sie ganz unerheblich sey, da gedachtem Magistrat kein nachtheiliger Einfluß auf die fernere Instruction der Sache verstattet worden. Eben so verhält es sich auch mit der Provocatione ex lege diffamari, und es kann dadurch die peinliche Sache so wenig aufgehalten werden, daß vielmehr die Civilsache in der Regel so lange ruhen muß, bis die Criminalsache geendiget worden. Es verstehet sich ohnedies von selbst, daß, in so fern dem Richter auf seine Versicherung geglaubt werden muß, es allein an seinem durch Acten unterstützten öffentlichen Glauben genügt; in wie fern aber dem Richter dieser öffentliche Glaube nicht zu statten kommt, auf seine bloße Behauptung weder in einer Criminal- noch Civilsache geachtet werden dürfe.

Was

Was nun die peinliche Untersuchung betrifft, so war allerdings ein Grund zu deren Eröffnung vorhanden, weil der Umstand, daß bei Gelegenheit eines öffentlichen Auflaufs die Grävedünkelschen Fenster zerschlagen worden, für notorisch anzunehmen ist, ob es gleich an einer förmlichen Erhebung des corporis delicti mangelt.

Auch wurde die Untersuchung nicht eigenmächtig, sondern unter der Direction der Herzoglichen Justiz-Canzley angefangen und fortgeführet.

Zufolge dessen wurden eine Menge Personen vernommen, aber nur der Schuhmachergesell Zebell eidlich abgehört.

Dieser versicherte, daß er eben zu der Zeit bei dem Brauer Thiele in Bützow gewesen sey, als der Zimmermeister Hoyer, der Fischer Noldt, der Weber Stilo, der Schlössermeister Jacobi, und mehrere Bützower Bürger, bei Gelegenheit des dasigen Aufstandes sich daselbst befunden hätten. Diese wären sämtlich Aufwiegler gewesen, und hätten sich selbst unter einander aufgewiegelt.

Dennoch sagt eben dieser Zeuge: es wären viele und mancherley Reden damals geführt worden; worin aber solche eigentlich bestanden, erinnere Zeuge sich nicht mehr, und hätten die Leute auch alle so eins durchs andere gesprochen; doch wären die Reden dahin gegangen, daß die gepfändeten Gänse wieder freygegeben werden sollten.

Dies bestimmt jedoch der gedachte Zeuge näher dahin:

> sie hätten die Gänse frey haben wollen, und wenn sie dies nicht in Güte bewirken könnten, so hätten sie dem Viertelsherrn das Haus spoliiren wollen.

Auf das Interrogatorium speciale 18.

ob dasjenige, wozu man die Anwesenden aufzuhetzen gesucht, von diesen wirklich vollführt worden sey?

antwortete er:

ja, das wäre alles vollführt, und wäre auch wirklich Gewalt gebraucht, als der Viertelsherr auf ihr Ansuchen die Gänse in Güte nicht herausgeben wollen, indem sie die Hinterthür des Hauses aufgebrochen, die Gänse herausgelassen, und demnächst auf der Diele und Stube böse gewirthschaftet hätten.

Da dieser Zeuge der einzige vereidete war, so konnte auch das erste Erkenntniß vorzüglich nur auf seiner Aussage beruhen.

Bei dieser fällt jedoch der Mangel der erforderlichen Bestimmtheit in die Augen. Denn da er, wie oben angeführt worden, sich auf die Reden selbst nicht zu erinnern weiß, so kann auch auf seine Behauptung, daß alle bei dem Brauer Thiele zu der gedachten Zeit anwesende Personen Aufwiegler gewesen, wenig Rücksicht genommen werden. Denn auf solche Art wird der Zeuge selbst zum Richter gemacht, indem es seiner Beurtheilung überlassen wird, welche Aeußerungen er für erlaubt oder unerlaubt halte; auch ist es offenbar, daß nicht alle Berathschlagungen, welche die Befreyung der Gänse zum Zweck hatten, für unerlaubt gehalten werden konnten, weil es den Eigenthümern nicht verdacht werden konnte, wenn sie alle erlaubte Mittel zu diesem Zwecke versuchten. Es hätte daher auf seine Aussage ganz und gar keine Rücksicht genommen werden können, wenn er nicht hinzugefügt hätte,

man

man hätte, wenn die Güte nichts fruchtete, beschlossen, dem Viertelsherrn das Haus zu spoliiren.

Dies ist die einzige bestimmte Aussage, welche die Inculpaten drückt, die aber dadurch schon vieles an ihrem Gewicht verliert, daß die durchgehends in seiner Aussage herrschende Unbestimmtheit auch diese wenigstens verdächtig macht. Das noch übrige Gewicht dieser Aussage wird aber durch die Unglaubwürdigkeit des Zeugen selbst gänzlich gehoben. Denn eben dieser Zeuge trägt kein Bedenken, die gewaltsame Befreyung der Gänse zu behaupten, obgleich der bei diesem Vorfall beleidigte Viertelsmann Grävedünkel das Gegentheil erzählt. Denn dieser versichert eidlich, daß die Gänse auf Befehl des Bürgemeisters befreyet worden, welches auch durch seine erste Aussage und die eidliche Aussage des Ruff, wie auch die Aussage des Wittkop und Bracht, unterstützt wird, weil, ob sie zwar nicht genau wissen, was im Hause bei der Oeffnung des Pferdestalles vorgefallen ist, sie doch solche Umstände angeben, aus welchen sich auf einen Mangel der Gewalt schließen läßt. Hiernach erscheint der Zebell als ein Meineidiger, als weshalb der Orts-Obrigkeit zu Veranlassung der fernern Untersuchung, unter Communication der dazu erforderlichen Actenstücke, Nachricht zu ertheilen ist.

Bei dieser Lage der Sache bleiben keine andere Handlungen übrig, die als Gegenstände der Untersuchung betrachtet werden könnten, als die wiederholten Vorstellungen bei dem nunmehro verstorbenen Dr. Hane, und der nach Befreyung der Gänse entstandene Tumult.

Was nun den ersten Umstand betrifft, so sind dabei keine Gewaltthätigkeiten vorgefallen; wieder-

holte

holte Vorstellungen bei der Obrigkeit sind keine Verbrechen, wenn auch damit eine der Obrigkeit lästige Zudringlichkeit und Hartnäckigkeit verbunden seyn sollte. Im gegenwärtigen Falle war die geschehene Pfändung der von Seiten des Policey-Collegii ergangenen Verordnung gemäß; Inculpaten hätten daher nicht die Befreyung der Gänse auf eine ungestüme Weise fordern, sondern das Pfandgeld wenigstens gerichtlich niederlegen, und ihre vermeintlichen Rechte höhern Orts ausführen sollen.

Der Ungestüm, mit welchem diese Sache betrieben wurde, war die Veranlassung zu dem entstandenen Tumult, weshalb auch Inculpaten zur Uebernahme der dadurch verursachten Schäden und Kosten rechtlich verurtheilt worden. Allein es ist natürlich, daß der gemeine Mann die Schwierigkeiten, mit denen er zu kämpfen hat, in dem Willen der Obrigkeit zu finden glaubt, daß er also diese mit wiederholten, oft ungestümen Anträgen plagt, und daß er sich dabei nicht mit der Feinheit eines wohlgezogenen Menschen und mit sorgfältiger Ueberlegung aller Folgen benimmt. Erst alsdenn, wenn dieses Betragen in eine offenbare Verletzung des der Obrigkeit schuldigen Gehorsams, in eine Injurie oder in ein anderes Vergehen ausartete, kann es als ein Verbrechen geahndet werden.

Der Umstand allein, daß mehrere, welche einerley Anliegen haben, dieses ihr Anliegen gemeinschaftlich vortragen, ist nur alsdenn ein Verbrechen, wenn es durch besondere Gesetze verboten, oder mit Drohungen oder andern unerlaubten Handlungen verbunden ist.

So wenig es unerlaubt ist, daß 3 Personen sich eines gemeinschaftlichen Antrages wegen mit

ein-

einander vereinigen, und ihre Obrigkeit persönlich um etwas bitten, so wenig läßt es sich bestimmen, daß eben eine Vereinigung von 9, 10, 11 und 12 Personen zu diesem Zwecke unter die unerlaubten Handlungen gehöre. Hiebei ist der Fall wohl zu unterscheiden, ob eine ganze Gemeine, welche ohnedies nicht in corpore handeln kann, mit Hintansetzung der ihren Verhandlungen vorgeschriebenen Form haufenweise andringt, oder ob mehrere, von welchen jeder eine besondere, obgleich ähnliche Forderung hat, und wovon jeder sein Interesse selbst besorgen muß, sich zusammenfinden.

Im jeglichen Falle aber würde wiederum zu unterscheiden seyn, ob dem Haufen das Auseinandergehen anbefohlen worden, oder nicht. Nur im ersten Falle würde wegen des Ungehorsams und wegen der alsdenn eintretenden Gefahr eine peinliche Strafe eintreten können. Daß aber den Bürgern die Versammlung untersagt worden, ergiebt sich aus den Acten nicht.

Aus dem nach der Befreyung der Gänse ausgebrochenen Tumulte entsteht allerdings die Vermuthung, daß das Benehmen der Bürger vor und nach der Befreyung der Gänse nicht pflichtmäßig gewesen sey. Diese Vermuthung ist auch so dringend, daß die Inculpaten nur wegen Mangel des erforderlichen Beweises einstweilen freygesprochen werden können.

Allein daß die Inculpaten unter sich diesen Tumult verabredet, oder selbst ausgeführt haben, dazu mangelt es an einem Beweise. Es bleibt also nichts übrig, als das Verfahren der Inculpaten einzeln zu untersuchen, ob ihnen etwa eine strafbare Handlung zur Last falle.

Dieser Weg ist auch darum der einzige, da, wie vorher schon angezeigt worden, ihnen kein gültiger Beweis entgegenstehet, und es also vorzüglich darauf ankommt, in wie fern sie selbst etwas ihnen nachtheiliges eingestanden haben.

Was nun

1) den Schneider Schmidt betrifft, so ist dieser mit einer halbjährigen Zuchthausstrafe belegt worden, weil er der Wortführer der Bürger gewesen, welche sich das erstemal in des Burgemeisters Behausung einfanden, um die Befreyung der Gänse zu bewirken.

Der Umstand allein, daß die Bürger, denen die Gänse gepfändet worden, gemeinschaftlich um deren Befreyung baten, kann um so weniger strafbar seyn, da hier die Bürgerschaft nicht als solche erschien, sondern nur diejenigen, welche man gepfändet hatte, und die unter sich keine Gemeine ausmachten, mithin auch nicht durch einen Repräsentanten erscheinen konnten.

Im gegenwärtigen Falle kommt noch hinzu, daß das Bedürfniß dringend war, und sich daher mehrere auch ohne vorhergegangene Abrede zufällig zusammen treffen mußten, obgleich dadurch der Ungestüm und das dadurch erregte Aufsehen nicht so weit entschuldiget werden kann, daß Inculpaten dadurch wegen der daraus entstehenden Folgen ganz unverantwortlich bleiben müßten. Daß aber nur einer den Vortrag übernahm, war zweckmäßig, weil, wenn alle zu gleicher Zeit geredet hätten, Unordnung daraus entstanden seyn würde.

Es ist also zu untersuchen, wie Inculpat sich bei diesem Geschäfft benommen habe?

Nach

Nach dem Bericht des Magistrats soll er mit eigenmächtiger Befreyung der Gänse gedrohet haben, wenn die Obrigkeit sie nicht gutwillig entließe. Dies war in der That ein strafbares Benehmen; allein es wird von ihm geläugnet.

Daß dieser Umstand in dem Magistratualischen Berichte eingeflossen ist, macht keinen hinlänglichen Beweis. Denn der Bürgermeister Dr. Hane, welcher allein die Wahrheit dieses Umstandes bezeugen konnte, hat keine Registratur darüber aufgenommen, und es kann auch, nachdem dieser mit Tode abgegangen ist, dieser Mangel nicht mehr ersetzt werden.

Wenn daher auch im gegenwärtigen Falle, wo sich die Supplicanten dem Bürgermeister im Hause aufdrangen, der Umstand, daß der Bürgermeister sich in seiner Behausung befand, an sich seinen Glauben nicht schmälern kann, da ohnedies die Regel gilt: Ubi judex, ibi judicium, und hier l. un. C. ad l. Jul. de amb. nicht Anwendung finden kann: so kann man doch in Fällen, wo alles auf dem Zeugnisse einer einzigen Person beruhet, der in Privatangelegenheiten zu Hause unterbrochenen obrigkeitlichen Person diejenige Fassung der Seele nicht zutrauen, welche sie in den obrigkeitlichen Versammlungsort mitbringen muß, besonders wenn das, was bekundet werden soll, mit Umständen begleitet ist, welche die nöthige Besonnenheit leicht rauben können.

Hiezu kommt, daß des Magistrats Bericht nicht durchgängig der Wahrheit angemessen ist, indem darin die in der Folge falsch befundene gewaltsame Befreyung der Gänse behauptet wird.

Es scheint nun zwar, als ob Inculpaten das Zeugniß des Burmeister strafbar zeige, weil er zu-

folge dieses Zeugnisses bei Befreyung der Gänse mit Ungestüm ausgerufen: gleich wollen wir unsere Gänse haben! was, 8 Tage? bis zu ewigen Zeiten! Allein einestheils mangelt es hier an einer förmlichen Vereidung dieses Zeugens über diese Aussage, weil, wenn auch eine auf die Aussage folgende Vereidung in Criminalsachen nicht unzulässig ist,

Kleins Criminalrecht §. 563.

dennoch dabei eine bald auf die Vorlesung der Aussage folgende eidliche Bestärkung vorausgesetzt wird; es würde aber auch anderntheils dieses Benehmen gegen den ohnedies schon mit der Befreyung der Gänse beschäfftigten Viertelsmann, nicht als eine strafbare Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit betrachtet werden können.

2) Betreffend den Sattler Scherpelz, Schuster Haase und Fuhrmann Martens, wird ihnen zwar in dem vorigen Erkenntnisse die Ausführung der eigenmächtigen Wegholung der gepfändeten Gänse zur Last gelegt; allein nach dem, was vorher ausgeführt worden, ist eine dergleichen Gewaltthätigkeit wirklich nicht erfolgt. Besonders gehört zwar der Scherpelz unter diejenigen, welche nebst dem Schmidt bei dem Bürgermeister gewesen, allein er läugnet die ihm schuldgegebenen Thatsachen, besonders die gefährlichen Drohungen, das ungestüme Betragen bei der Befreyung der Gänse, und allen Antheil an dem Tumult. Und wenn auch der Aussage des beleidigten Viertelsmanns Grävedünkel vollkommener Glaube beigemessen würde, zufolge welcher der Scherpelz zu gedachtem Zeugen gesagt:

das

das sieht hundsvöttisch aus, und ist hundsvöttisch, unsere Gänse zu pfänden;

so konnte doch diese wörtliche Beleidigung des Grävedünkel nicht peinlich geahndet werden. Eben diese Bewandtniß hat es mit dem Schuster Haase, welcher, wenn er sich auch nach der Aussage des vorgedachten Grävedünkels des Ausdrucks: schwere Noth! bedient, und seine Unzufriedenheit mit der noch immer nicht erfolgten Befreyung der Gänse gegen Zeugen zu erkennen gegeben hätte, doch darum keine öffentliche Strafe verwirkt haben würde. Auch gegen den Fuhrmann Martens ergiebt sich aus den Acten nichts, was die erkannte Strafe rechtfertigen könnte.

3) Die 7 Bürger: Holzrichter, Hoyer, Jacobs, Compeer, Harnisch, Narbe und Rohde, wurden schon im vorigen Erkenntnisse für weniger strafbar als die andern gehalten, und daher nur mit einer 14tägigen Gefängnißstrafe, obgleich einen Tag um den andern bei Wasser und Brodt, bestraft.

Es ist schon bei Nr. 1. und 2. ausgeführt worden, daß weder das wiederholte gemeinschaftliche Bitten um die Befreyung der Gänse, noch die Befreyung selbst, für ein Verbrechen gehalten werden kann. Es bleibt also nur noch zu entscheiden, ob etwa die vorgenannten Bürger sich eine besondere strafbare Handlung haben zu Schulden kommen lassen.

Nun läugnet aber der Mauermeister Holzrichter, der Zimmermeister Jacobs und Töpfermeister Compeer, der Zimmergeselle Harnisch und der Zimmergeselle Narbe, daß sie etwas anders gethan hätten, als um die Befreyung der Gänse zu bitten, und

die befreyeten Gänse abzuholen. Gewalt wollen sie weder mittelbar noch unmittelbar angedrohet, noch zugefügt, noch sonst an dem nachher erfolgten Tumulte Theil genommen haben.

Der Zimmermeister Hoyer läugnet ebenfalls alle Theilnehmung an gewaltsamen Maaßregeln und Ermunterung dazu; und da das Zeugniß des Schuhmachergesellen Zebell ihn einer solchen gesetzwidrigen Aufführung, nach dem, was oben schon von der Ungültigkeit dieses Zeugens gesagt worden, nicht überführen kann, so muß er, gleich den übrigen, einstweilen freygesprochen werden.

Der Mahler Rohde ist bei der Gänse-Pfändung gar nicht interessirt, und läugnet, daß er die übrigen zu gewaltsamen Maaßregeln und zu einem gesetzwidrigen Verfahren verleitet habe. Ja wenn man auch der unbeeidigten Aussage des Mahler Petersen, wie doch rechtlich nicht geschehen kann, Glauben beimessen wollte, so würde dennoch nicht erhellen, daß Rohde seine Mitbürger zu gewaltsamen Maaßregeln verleitet habe, weil die Ermahnung, ihr Recht gegen den Magistrat durchzusetzen, nicht für eine Aufmunterung zum Aufruhr gehalten werden kann.

Aus allem, was bisher angeführt worden, ergiebt sich zur Gnüge, daß ein Straferkenntniß gegen keinen der Inculpaten zur Zeit noch stattfinden könnte. Es ist indessen allerdings zu vermuthen, daß der Tumult, wenn er auch größtentheils durch Knaben vollführt worden, dennoch durch die Erwachsenen, und besonders durch diejenigen veranlaßt worden, welche die Befreyung der ausgepfändeten Gänse mit so vielem Ungestüm betrieben haben. Hierzu kommt noch, daß die

Söhne

Söhne einiger Inculpaten sich unter den Tumultuanten befunden haben; wie denn auch die Grävedünkelsche Ehefrau die Aufmunterung der Knaben zu dem Unfug von Seiten derjenigen, welche ihre Gänse aus dem Grävedünkelschen Hause brachten, gehört haben will, ob sie gleich die Thäter selbst nicht mehr angeben kann.

Mit dem Kostenersatz haben Inculpaten ebenfalls nicht verschont werden können, da dieselben theils durch ihre Unbescheidenheit, theils durch unüberlegte Handlungen und Aeußerungen, den Verdacht einer Theilnahme an dem Tumulte gegen sich erregt haben, so daß sie nur einstweilen haben freygesprochen werden können.

Aus vorstehenden Gründen hat daher überall so, wie im Urtheil geschehen ist, erkannt werden müssen.

XXVIII.

In wie fern die rechtliche Vermuthung, ein während der Ehe gebohrnes Kind habe den Ehemann zum Vater, den Beweis des Gegentheils zulasse.

Nach Berlin an den Justiz-Director Ströckhardt.

Da der Herr uns eine Geschichtserzählung nebst einer Frage zugesendet ꝛc.

Cajus hatte sich im Jahre 1774. mit Sempronien vermählt. Er war verwachsen, und sein Körper so gebrechlich, daß er allgemein für unfähig gehalten wurde, Kinder zu erzeugen. Sempronia beklagte sich über das eheliche Unvermögen ihres Gemahls; dieses, wo möglich, zu heben, wurden Aerzte und Wundärzte herbeigerufen. Sie untersuchten seine Leibesbeschaffenheit, erklärten aber sein Unvermögen, Kinder zu erzeugen, für schlechterdings unheilbar. Doch wurde sie schwanger, und gebahr während dieser Ehe eine Tochter und einen Sohn. Der Sohn überlebte den Cajus, welcher im Jahre 1787. ohne Testament verstarb. Der unmündige Sohn beerbte ihn als seinen angeblichen Vater in der Eigenschaft eines gesetzlichen Erben, aber er starb noch vor erlangter Volljährigkeit, und dessen noch lebende Mutter, als dessen Erbin, setzte sich auch in den Besitz der Verlassenschaft des vorher verstorbenen Ehemannes.

Titius, ein Bruder des verstorbenen Cajus, nahm anfangs den Nachlaß des angeblichen Sohnes seines

ſeines Bruders deswegen in Anſpruch, weil deſſen Vermögen von ſeinem Bruder abſtamme, und er als nächſter Agnat die Mutter davon auszuſchließen berechtiget ſey. Er ward mit dieſem Anſpruch abgewieſen, brachte aber nachher in Erfahrung, daß dieſer angebliche Sohn ſeines Bruders im Ehebruch erzeugt ſey, und forderte nun die an ihn gelangte Erbſchaft ſeines Bruders aus dem Grunde, weil der Sohn der Sempronia, als ein im Ehebruche erzeugtes Kind, den angeblichen Vater nicht habe beerben können, und richtete ſeine Klage gegen die Sempronia als eine unrechtmäßige Beſitzerin einer Erbſchaft, welche von dem Titio nicht habe mit Recht an den Sohn der Sempronia, mithin auch nicht von dem Sohne habe an die Mutter gelangen können. Er will beweiſen:

daß der von der Sempronia während der erſten Ehe am 22ſten Februar 1778 zur Welt gebohrne Sohn nicht von dem Cajo, ſondern von einem andern, mithin im Ehebruch, erzeugt ſey.

Der Arzt, welcher das Zeugungsunvermögen des Cajus unterſucht hat, iſt nicht mehr am Leben, wohl aber der Wundarzt, welcher ſolches als wahr bezeugen kann. Ueberhaupt beruft ſich Kläger auf 4 Zeugen, welche folgende Umſtände ausſagen ſollen:

1) Daß Sempronia bald nach ihrer Vermählung mit dem Cajo deſſen völliges Unvermögen zur ehelichen Beiwohnung bemerkt, und ſich darüber beklagt hat.

2) Daß Aerzte und Wundärzte herbeigerufen worden, um den körperlichen Zuſtand des Cajus zu unterſuchen, und wo möglich, durch äußere

innere Mittel ihn zur Ausübung der ehelichen Pflicht fähig zu machen.

3) Daß diese Aerzte nach angestellter Untersuchung einmüthig berichtet hätten, daß Cajus wegen seiner körperlichen Mängel zur ehelichen Beiwohnung unfähig, und daß alle Hülfe des Arztes vergeblich sey.

4) Daß hierauf Beklagte selbst dem Petronius den Antrag gemacht, statt ihres zur ehelichen Beiwohnung untüchtigen Herrn Gemahls sich mit ihr fleischlich zu vermischen, und ihr Kinder zu verschaffen, wobei sie ihm eidlich zugesagt, ihn, den Petronius, nach dem Tode ihres Herrn Gemahls zu heirathen.

5) Daß von dieser Zeit an, nemlich ohngefähr 6 Monat nach der Vermählung, der Petronius bis an den Tod des Cajus von Zeit zu Zeit sich fleischlich mit ihr vermischt und Ehebruch getrieben habe.

6) Daß nicht nur Petronius, sondern auch Sempronia selbst oft zugestanden, daß die von ihr während der Ehe mit dem Cajus gebohrnen Kinder nicht mit dem letztern, sondern mit dem Petronius erzeugt wären, und daß daher der Petronius allein der wahre Vater derselben sey.

7) Daß die Sempronia zum öftern selbst zugestanden, daß sie, seit dem mit dem Petronius gepflogenen unerlaubten Umgange, niemals wieder einen Versuch gemacht, mit ihrem Gemahl eheliche Beiwohnung zu pflegen.

Es wird nun gefragt:

Ob, wenn Zeugen die vorhererwähnten Umstände bekräftigten, insbesondere die Zeugungsunfähigkeit des Cajus durch den zu deren Unter-

terſuchung gebrauchten Chirurgum bezeugt würde, ein rechtliches Erkenntniß dahin zu erwarten ſtehe:

daß die von der Frau Beklagten während ihrer erſten Ehe zur Welt gebohrnen Kinder, als im Ehebruch erzeugt, kein Erbfolgerecht auf den Nachlaß des verſtorbenen Cajus gehabt, und daß daher die dem aus dem Ehebruch erzeugten Sohne widerrechtlich zugetheilte und hernach von demſelben an die Beklagte gekommene Verlaſſenſchaft von derſelben an den Herrn Kläger, als nächſten Verwandten des Cajus, nebſt allen Nutzungen, welche davon wirklich genoſſen worden, oder doch hätten gezogen werden können, auszuantworten ſey.

Nun pflegt zwar die Vermuthung, daß ein in der Ehe gebohrnes Kind auch von dem Ehemann erzeugt worden ſey, unter die Praeſumtiones juris et de jure gerechnet zu werden, und die

lex 11. 8. 9. D. ad legem Jul. de adulteriis

ſagt ausdrücklich:

nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum poſſit et illa adultera eſſe, et impubes defunctum patrem habuiſſe;

auch kann die Uebereinſtimmung beider Eheleute, ein gewiſſes Kind für ehelich oder unehelich anzunehmen, die Rechte der ehelichen Geburt weder nehmen noch geben.

non nudis adſeverationibus nec ementita profeſſione, (licet utique conſentiant) ſed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione ſolemni filii civili jure patri conſtituuntur.

tur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse probare confidis, per te vel per procuratorem adfirmationem falsam detege.

l. 14. C. de prob.

Parentes, natales, non confessio adsignat.

l. 22. C. de liberali causa.
Voetius ad F. L. 1. T. 6. §. 7.
Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit B. 7. S. 113. ff.

Deswegen würde das Geständniß der Sempronia, daß ein von ihr während der Ehe mit dem Cajus gebohrnes Kind nicht von ihrem Gemahl, sondern aus dem Ehebruche mit dem Petronius erzeugt worden, für sich allein genommen diesem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt nicht rauben, und eben so wenig könnte das Bekenntniß des Petronius, mit der Sempronia Ehebruch getrieben zu haben, diese Wirkung nach sich ziehen, und es würde daher in dieser Hinsicht der Beweis des ersten, vierten, fünften, sechsten und siebenten Puncts dem Titio nur in so fern zu statten kommen, als dadurch die übrigen Beweispuncte unterstützt werden.

Dagegen ist nach gemeinem Rechte unstreitig, daß die den in der Ehe gebohrnen Kindern zu statten kommende Vermuthung der ehelichen Erzeugung den Beweis des Gegentheils zulasse, wenn nemlich dargethan wird, es habe ein solches Kind von dem Ehemann unmöglich erzeugt werden können. Denn wenn gleich

l. 6. D. de his qui sui vel alieni juris sunt,

in Uebereinstimmung mit den oben angeführten Gesetzen verordnet, daß derjenige, welcher mit der Mutter des Kindes als Ehemann zusammengelebt,

den

den Einwand nicht machen kann, das in einer solchen Ehe erzeugte Kind sey nicht von ihm, sondern von einem andern erzeugt worden; so läßt doch eben dieses Gesetz ausdrücklich die Ausnahme zu, wenn erhellt, daß der Mann durch Krankheit oder sonst verhindert worden sey, der Mutter des Kindes ehelich beizuwohnen, oder daß er überhaupt, oder zu der Zeit, da das Kind habe erzeugt werden können, zu dieser Erzeugung schlechterdings unfähig gewesen sey.

Zu dem Beweise solcher Unfähigkeit des Cajus hat sich Herr Kläger erboten, und es kann ihm dieser Beweis um so weniger versagt werden, da nach den eben angeführten Gesetzstellen und Rechtslehrern die bloße Behauptung beider Eheleute dem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt eben so wenig geben als nehmen kann, mithin dem Dritten freystehen würde, das Gegentheil zu beweisen, wenn auch der Ehemann den Sohn der Sempronia ausdrücklich für den seinigen ausgegeben hätte.

l. 14. C. de probat.
l. 21. C. de liberat. causa.
Leyser ad D. Specim. CLX. medit. 4.
Voetius ad D. Lib. 1. Tit. 6. §. 8.
Glücks Commentar über die Pandecten, Th. II. pag. 239. 240.

Hierbei ereignet sich zwar die Schwierigkeit, daß nur der Chirurgus, nicht aber der andere Arzt am Leben ist, der mit jenem den körperlichen Zustand des verstorbenen Ehemannes untersucht hatte, und daß also durch die Aussage dieses einzigen Zeugen nur ein halber Beweis geführt werden könnte.

Ob nun gleich noch andere Zeugen abgehört werden sollen, um den Befund der übrigen Aerzte auszusagen, so würden doch diese als bloße Zeugen

vom

vom Hörensagen zu betrachten seyn. Allein Leyser hat

l. c. Spec. 285. med. 1.

gelehrt, daß auch solche Zeugen nach Beschaffenheit der Umstände Rücksicht verdienen, und daß ihre Glaubwürdigkeit der richterlichen Beurtheilung lediglich anheimgestellt werden müsse. In dem gegenwärtigen Falle würden die Zeugen eine an sich erhebliche Thatsache bekunden, nemlich das Urtheil der Sachverständigen, und es würde dadurch die Aussage des Chirurgi eine nicht unbeträchtliche Unterstützung erhalten. Hiezu kommt nun noch das Eingeständniß der Frau Beklagtin, daß ihr Gemahl zum Beischlaf untüchtig gewesen sey, daß sie mit dem Petronius die Ehe gebrochen, und daß sie von dieser Zeit an sich aller Versuche des Beischlafs mit ihrem Ehemanne enthalten habe. Dieses Eingeständniß der Mutter würde nun zwar allein, für sich genommen, den Rechten des Kindes keinen Abbruch thun; da aber jetzt nicht mehr von den Vortheilen oder Nachtheilen des Kindes, sondern von ihren eigenen die Rede ist, indem der verstorbene Sohn dadurch nicht leidet, daß seiner Mutter jetzt das Erbrecht abgesprochen wird; so gewinnt dadurch ihr Geständniß, welches unter diesen Umständen ihr allein nachtheilig ist, ein Gewicht, welches es sonst nicht gehabt haben würde, und es kann unter dem Vorwande, daß sie ihre eigene Schande bekannt habe, um so weniger entkräftet werden, da das Bekenntniß eines begangenen Verbrechens dem Verbrecher so sehr zum Nachtheil gereicht, daß sogar die härtesten Strafen darauf gegründet werden können. Dieser Einwand gilt nur, wenn er einem andern zum Schaden gereichen soll, und derjenige, welcher seine eigene Schande

bekennt, ſich ſelbſt als einen ſchlechten Menſchen darſtellt, deſſen Ausſage die Verneinung eines andern nicht aufwiegen kann.

Hiezu kommt noch, daß zufolge dieſes Geſtändniſſes zwiſchen der Beklagten und ihrem verſtorbenen Sohne, als einem im Ehebruche, mithin ex damnato coitu erzeugten Kinde kein Erbrecht ſtattgefunden haben würde.

Authentic. ex complexu. C. de incept. et inutilibus nuptiis. Nov. 89. c. 15.

Da nun auch nach der Meinung bewährter Rechtslehrer das Geſtändniß der Mutter, die Ehe gebrochen zu haben, nicht ganz unerheblich iſt;

Adulterium matris momentum contra filii legitimam nativitatem ſuppeditat.

Leyſer l. c. Spec. 322. m. 5.

Da ferner im gegenwärtigen Falle der Beweis des vierten Punctes zugleich die betrügeriſche Abſicht der Beklagtin, das Vermögen ihres Gemahls deſſen Verwandten durch Unterſchiebung eines im Ehebruch erzeugten Kindes zu entziehen, näher ins Licht ſtellen würde, niemand aber durch eine betrügeriſche Handlung ſich bereichern kann, auch wie oben ſchon erwähnt worden, hier nicht mehr von der Begünſtigung des Kindes ſelbſt die Rede iſt, ſo ſind wir der rechtlichen Meinung:

daß, wenn Kläger den Beweis von dem Zeugungsunvermögen des Cajus, zu welchem er ſich erbietet, zu vollführen vermöchte, das von der Beklagtin in der Ehe mit dem verſtorbenen Cajus gebohrne Kind für ein im Ehebruch erzeugtes zu achten, und

Be-

Beklagte sodann den Rechten gemäß durch richterlichen Ausspruch angehalten werden müsse, das von dem verstorbenen Cajus an ihren Sohn gekommene und von ihr widerrechtlich in Besitz genommene Vermögen, nebst allen Zuwüchsen und Nutzungen, welche davon wirklich genossen worden, oder doch hätten gezogen werden können, dem Herrn Kläger bei Vermeidung der Rechtshülfe auszuliefern.

V. R. W.

XXIX.

Todtschlag im Tumulte. — In welchen Fällen die Tortur unstatthaft sey.

Nach Stade in der Wetterau.

Als die Herren uns die wider Johann Wilhelm Koch aus Florstädt, und mehrere des an dem Christoph Clausen daselbst am 6ten Jul. 1791. verübten Todtschlags verdächtige junge Bursche, ergangenen Untersuchungs-Acten, wie auch das übrige, was gegen erstere in der Special-Inquisition nach Anleitung der von dem Inquirenten Alsdorf übergebenen Inquisitions- und Beweisartikel verhandelt worden, nebst dessen eingereichter Deduction und eingebrachten Defensionsschriften zugesendet ꝛc.

Erkennen ꝛc.

daß Inquisit Johann Wilhelm Koch zwar mit der ordentlichen Strafe des Todtschlags zu verschonen, aber wegen seiner vorzüglichen Theilnahme an dem Tumult, in welchem der Christoph Clausen das Leben verlohren, und wegen des auf ihm ruhenden dringenden Verdachts des Todtschlags, mit zweyjähriger, die Coinculpaten Johann Conrad Craß und Johann Eyring aber mit sechswöchentlicher öffentlicher Arbeit zu bestrafen, ersterer auch die sämtlichen Untersuchungs-, Arrests- und Atzungskosten, so weit sie nicht die Coinculpaten allein angehen, zu tragen gehalten.

V. R. W.

Grün-

Gründe.

Denn die Wirklichkeit des Todtschlags ist keinem Zweifel unterworfen. Sämtliche Zeugen stimmen darin überein, daß in der Nacht zwischen dem 6ten und 7ten April 1791. bei einer den Zimmerburschen nach vollendeter Arbeit an der neuen Kirche zu Florstädt bewilligten Lustbarkeit in der Tanzstube Streit entstanden sey, und bei diesem Tumulte Christoph Clausen eine Kopfwunde erhalten habe, welcher auch, nach fruchtlos versuchter Trepanirung, am Abende des darauf folgenden Tages verstorben ist. Die Wunde ward bei der gehörig vorgenommenen Besichtigung des Leichnams schlechterdings tödtlich, der zerschmetterte Hirnschädel aber ungewöhnlich dünne gefunden. Niemand von den Anwesenden hat gesehen, wer diesen tödtlichen Streich vollführt habe. Anfangs wurde der Johann Eyring, nachher der gegenwärtige Inquisit Johann Wilhelm Koch für den Thäter gehalten. Man hatte den erstern in des Pächters Koch Fenster hineinsteigen gesehen, besetzte das Haus, und fand ihn hinter einem aufrechtstehenden Betttroge versteckt. Als man sich seiner Person bemächtigte, versicherte er, daß nicht er, sondern der Johann Wilhelm Koch, der Thäter sey. Dies veranlaßte den Entschluß, diesen aufzusuchen, welchen man in des Branntweinbrenners Bette fand, und so in Verhaft nahm.

Gegen diesen Koch sind folgende Anzeigen, daß er der Thäter sey, vorhanden.

1) Der obenerwähnte Ruf, welcher gleich nach der That unter den Anwesenden entstand. Allein von allen Personen, die über den Vorfall vernommen worden, will nur der Chirur-

gus

gus Eugfried und der Musikant Glörengießer von diesem Rufe etwas wissen, und keiner ist einen Grund davon anzugeben im Stande gewesen. Es ist also hier weder eine Berüchtigung durch bösen Leumuth, wie sie der 6te Titel der P. G. O. voraussetzt, noch der Grund, worauf dieser Ruf beruhet, ausgemittelt, vielmehr theilt Koch die daraus hergeleitete geringe Vermuthung mit dem Eyring, so daß also auf diese höchst unzuverlässige Anzeige

Just. Henning Boehmer jus eccles. Protest. Lib. V. T. 1. §. 90.

keine rechtliche Rücksicht genommen werden kann.

2) Die Versicherung des Johann Eyring bei der Verhaftnehmung, daß nicht er, sondern der Johann Wilhelm Koch der Thäter sey. Allein eben dieser Eyring fügte sogleich hinzu, daß er dies nicht mit Gewißheit sagen könnte, und es kommt also nur auf die in der Folge vorkommenden von dem Eyring bekundeten Umstände an.

3) Der Zank, welchen der Inquisit kurz vor dem tödtlichen Schlage mit dem Entleibten eröffnete, und sein Bestreben, auf denselben loszugehen. Es kann zwar nicht mit völliger Gewißheit angenommen werden, daß Inquisit kurz vor dem tödtlichen Schlage zu dem schlafenden Knecht getreten sey, und gesagt habe:

ich habe doch noch kein Geld geliehen, wie mancher Hundsfott,

weil die Zeugen hierin nicht mit einander übereinstimmen, indem dies nach der Versiche-

rung des Heinrich Tauft bei der vorhergehenden Zänkerey soll geschehen seyn. Allein die oben erwähnten drey Zeugen stimmen doch darin überein, daß Inquisit wirklich gegen den Entleibten aufgebracht gewesen, wenn auch dies ursprünglich des Eyrings wegen geschah. Hiezu kommt noch, daß nach der Aussage des Försters Tauft:

> der Inquisit immer auf den Entleibten hineingewollt, aber von dem erstern ist zurückgehalten worden,

welches auch die Zeugenaussage des Umsonst bestättiget. Eine tödtliche Feindschaft, welche als eine nahe Anzeige des Verbrechens gelten könnte,

C. C. C. art. 25. 87.

läßt sich aus einem gelegentlich entstandenen Streite, besonders wenn dieser wegen einer einem andern widerfahrnen Beleidigung geführt worden, noch nicht annehmen. Es erhellt auch aus der einmüthigen Aussage einiger Zeugen, daß die zwischen dem Clauß und Eyring vorgefallenen Thätlichkeiten der Grund der nachherigen Zänkerey des Inquisiten mit Clausen gewesen. Es kann daher auf den nur mittelbar bei der Sache interessirten Inquisiten Koch nicht ein vorzüglicher Verdacht wegen dieser Feindschaft fallen. Sollte diese Feindschaft eine wahre und specielle Anzeige des Todtschlags seyn, so müßte auch erhellen, daß Inquisit Thätlichkeiten gegen den Entleibten verübt hätte, dies wird ihm aber von keinem der Anwesenden zur Last gelegt. Der Wortwechsel giebt aber nur eine

ent-

entfernte Vermuthung, daß Inquisit zu Thätlichkeiten geschritten seyn möchte, und ist also nur als ein indicium remotum eines indicii proximi zu betrachten; dergleichen indicia indiciorum sind aber mit den indiciis der Thatsache nicht zu verwechseln. Es wird jedoch dieses Indicium dadurch verstärkt, daß

4) das Schnupftuch, in welches vermuthlich der Stein gewickelt gewesen, mit welchem wahrscheinlich der tödtliche Streich vollführt worden, mit dem Namen des Inquisiten bezeichnet ist, und er solches als das seinige hat anerkennen müssen, ob er es gleich am Tage des begangenen Todtschlags nicht bei sich gehabt haben will. Dies Schnupftuch ist der Grund, weswegen der Verdacht des begangenen Todtschlags den Inquisiten Koch stärker als die übrigen Inculpaten drückt, und es verdient daher der daraus entstehende Verdacht eine sorgfältige Erwägung.

Die hieher gehörende Geschichtserzählung *) ist folgende.

Noch vor dem tödtlichen Schlage äußerte Craft gegen den Eyring die Vermuthung, daß Inquisit Koch Steine in der Tasche habe. Als nach dem tödtlichen Schlage der Verdacht auf den Inquisiten fiel, weil der Conrad Davernheim aus Florstädt bemerkt hatte, daß Inquisit den Fensterflügel geöffnet, und die Hand hinausgestreckt habe: so trug der Zeuge Alt aus Florstädt dem Davernheim auf, das, was der Inquisit zum Fenster hinausgeworfen haben möchte, aufzusuchen. Dieser

*) Um das Hauptfactum durch dieses Nebenfactum nicht zu verwirren, ist diese Geschichte hier eingeschaltet worden.

ser verfügte sich auch vor die Thüre, und fand selbst zwar nichts, bemerkte aber, daß Conrad Craft und Conrad Umsonst ebenfalls im Suchen begriffen waren; und daß der letztere etwas von der Straße aufhob, welches der Alt demselben vergeblich abforderte. Der Conrad Umsonst war zu diesem Suchen durch den Conrad Craft veranlaßt worden. Es hatte nemlich dieser von dem Conrad Davernheim erfahren, daß Inquisit Koch etwas zum Fenster herausgeworfen habe, deswegen trug er dem Umsonst auf, das Hinausgeworfene vor dem Fenster zu suchen. Nach der Versicherung des Umsonst hatte der Craft hinzugefügt, daß es ein Schnupftuch sey, welches aber der Craft gesagt zu haben sich nicht erinnern will. Der Conrad Umsonst fand wirklich ein Schnupftuch, in welchem sich ein großer Stein befand, er behielt das erstere, und warf den letzten ins Wasser. Dies Schnupftuch befindet sich bei den Acten, und hat einen Fleck, welcher vom Kothe herrühren kann, in welchem es gelegen, und einige kleine Löcher, welche durch die Ecken des Steins beim Schlagen damit verursacht seyn können.

Darüber, daß Inquisit Koch nach dem tödtlichen Schlage die Hand aus dem Fenster hinausgestreckt habe, und gerade zu der Zeit, da man ihn als Thäter greifen wollen, ist ein halber Beweis vorhanden, und es entsteht daraus eine dringende Vermuthung, daß dies in der Absicht geschehen sey, um sich einer Sache zu entledigen, welche ihn der That verdächtig machen könnte.

Eine eben so dringende Vermuthung ist vorhanden, daß das Herausgeworfene das aufgefundene Schnupftuch sey, weil nicht nur die Zeit, sondern

dern auch das im Schnupftuche gefundene Zeichen zutrifft.

Daß sich in diesem Schnupftuche ein Stein befunden, ist durch das Zeugniß des Umsonst halb erwiesen.

Wäre es völlig erwiesen, daß Inquisit ein Schnupftuch, worin ein Stein gewickelt gewesen, nach dem tödtlichen Schlage, welcher dem Entleibten zugefügt worden, zum Fenster hinausgeworfen, so wäre eine nahe Anzeige des begangenen Verbrechens gegen ihn vorhanden. Denn obgleich das bloße Auffinden einer dem Inquisiten zugehörigen Sache im vorliegenden Falle, wo ohnedies die Gegenwart des Inquisiten am Orte des Todtschlags erhellet, unter den vorwaltenden Umständen, wo sich soviel Personen mit ihm im gleichen Falle befanden, für keine denselben insbesondere treffende Anzeige zu halten ist, als weshalb hier

der 22ste Artikel der H. G. O.

keine volle Anwendung finden kann; so hat doch der Gesetzgeber durch Angabe einiger Anzeigen die übrigen nicht ausschließen wollen, wofern nur diese so beschaffen sind, daß sie aus denselben Gründen für eben so dringend gehalten werden müssen.

C. C. C. art. 24.

Dahin gehört nun, wenn jemand dasjenige Werkzeug zur Zeit der That gehabt, welches unter den vorwaltenden Umständen als das einzige, woraus sich die Wirkung des Verbrechens erklären läßt, anzusehen ist. Denn alsdenn kann man sagen, daß der Inquisit um die Zeit des Todtschlags verdächtiger Weise mit den dazu dienlichen Waffen betroffen worden, und wenn gleich diese im gegenwärtigen Falle nicht blutig befunden worden, so wird

doch diese mangelnde Eigenschaft dadurch reichlich wieder ersetzt, daß keine andere Wirkung, woraus sich der Todtschlag erklären läßt, ausfündig zu machen gewesen, und daß Inquisit durch Wegwerfung dieses Werkzeugs den Verdacht gegen sich vermehrt hat. Es könnte daher der Umstand mit dem weggeworfenen und aufgefundenen Schnupftuche des Inquisiten allerdings nach der Analogie

des Art. 33. der P. G. O.

als eine nahe Anzeige des Verbrechens betrachtet werden. Allein da nur Ein Zeuge bemerkt hat, daß Inquisit das Fenster geöffnet und etwas hinausgeworfen hat, auch nur Ein Zeuge den Stein im Schnupftuche gesehen hat, so ist nur ein halber Beweis dieser an sich dringenden Anzeige vorhanden.

Dieser halbe Beweis wird jedoch noch dadurch bestärkt, daß die von den verschiedenen Zeugen ausgesagten Umstände sich wechselseitig unterstützen. So verstärkt z. B. die Existenz des Schnupftuchs die Aussage des Umsonst. Eben dies thut die Aussage des Alt, welcher bemerkte, daß der Umsonst etwas auflangte; und die Aussage des Umsonst unterstützt wiederum die Aussage des Alt, und alle diese Aussagen erhalten ihre Unterstützung durch das, was der Craß bekundet hat, besonders aber dadurch, daß Inquisit selbst bei der Confrontation mit dem Davernheim den Umstand, daß er die Hand zum Fenster herausgestreckt habe, nicht geradezu läugnet, sondern sich nur mit der Unwissenheit davon entschuldiget.

Erwägt man nun, daß nur die bei der That gegenwärtigen den tödtlichen Streich vollführt haben konnten, und daß, da der Umstand mit dem Schnupftuche den Inquisiten als denjenigen, welcher

cher den größten Verdacht gegen sich hat, auszeichnet; so kann man wohl nicht zweifeln, daß sämtliche Anzeigen zusammengenommen die Kraft eines halben Beweises der That selbst hervorbringen.

Es frägt sich also nun, ob noch auf ein Mittel zur Erforschung der Wahrheit, oder auf einen Reinigungseid, oder auf absolutionem ab instantia zu erkennen sey.

Andere Mitttel zur Erforschung der Wahrheit, als schon angewendet worden sind, würden ohne Nutzen seyn. Denn wenn man auch weiter untersuchen wollte, ob Inquisit die Schnupftücher mit seinem Bruder gemeinschaftlich gebraucht, und ob er zur Zeit der Verhaftnehmung eins bei sich gehabt habe, so würde doch dadurch die gegen den Inquisiten streitende Vermuthung nur wenig geändert werden können, weil er wohl zwey Schnupftücher bei sich gehabt haben kann, und der gemeinschaftliche Gebrauch der Schnupftücher den Inquisiten nicht hinderte, sich eben dieses Schnupftuchs zu bedienen, welches unter den vorwaltenden Umständen für das von ihm aus dem Fenster geworfene gehalten werden muß. Die peinliche Frage hingegen kann aus folgenden Gründen nicht stattfinden.

Erstlich ist sie zwar durch Reichsgesetze noch nicht aufgehoben, aber der Richter ist auch nicht verbunden, darauf zu erkennen, und es ist ihm daher erlaubt, von den bessern Einsichten unsers Zeitalters Gebrauch zu machen. Es ist ihm nur verboten, auf bloße Anzeigen, wenn sie auch noch so dringend wären, die Todesstrafe zu erkennen, und nur in dieser Rücksicht ist ihm die peinliche Frage zur Pflicht gemacht.

C. C. C. art. 8. und 16.

Der Art. 22., welcher gleichen Inhalts ist, erwähnt zwar nicht besonders der Todesstrafe, er schreibt aber auch die peinliche Frage nicht vor, sondern erlaubt sie nur, und wenn in den folgenden

Artikeln 33. 45.

die indicia proxima propria abgehandelt werden, so kommen dabei lauter Verbrechen vor, wegen welcher die Todesstrafe nach der P. G. O. stattfindet.

Zweytens ist aus eben diesem Grunde die peinliche Frage hier nicht anwendbar, weil unter den vorkommenden Umständen der Inquisit, wenn er auch der That überführt wäre, dennoch zur Lebensstrafe nicht verurtheilt werden könnte.

C. C. C. art. 8.

Nun kommen aber 5 Zeugen darin mit einander überein,

daß er zur Zeit des verübten Todtschlags in einem hohen Grade betrunken gewesen sey.

Da nun die Trunkenheit, wenn sie gleich nicht alle Besinnung geraubt haben sollte, dennoch die Todesstrafe ausschließt, und ein betrunkener Todtschläger gewöhnlich nur zu 10jähriger öffentlicher Arbeit verurtheilt wird,

Meisters rechtliche Erkenntnisse P. III. Dec. 116.

so würde schon aus diesem Grunde keine peinliche Frage wider den Inquisiten erkannt werden können.

Drittens läßt es sich im gegenwärtigen Falle als möglich denken, daß Inquisit, welcher sehr betrunken gewesen, jetzt darüber, was er gethan und nicht gethan habe, keine genaue Auskunft geben könnte, und die Tortur würde daher in eine unnütze Peinigung des Inquisiten ausarten; wie denn auch einige Rechtslehrer, welche die peinliche

Frage

Frage vertheidigen, solche dennoch nur dann verstatten, wenn der gesunde Menschenverstand daran, daß der Inquisit der Thäter sey, nicht im geringsten zweifelt, sondern die Hartnäckigkeit des läugnenden Verbrechers offenbar ist.

Westphals Criminalrecht, Anmerk. 155. p. 837.

Viertens muß nach der ausdrücklichen Verordnung der P. G. O. Art. 34. die peinliche Frage wegfallen, weil Inquisit nicht überführt werden kann, wirklich Hand an den Entleibten gelegt zu haben, oder auf eine gefährliche Weise bewaffnet gewesen zu seyn. Nun soll aber nach der eben angeführten Gesetzstelle derjenige, welcher nicht gefährlicherweise bei dem Handel gewesen, peinlich nicht befragt werden. Dies würde stattfinden, wenn auch dem Inquisiten die sattsam erwiesene Trunkenheit nicht zu statten käme.

In Rücksicht eben dieser Trunkenheit würde aber auch die Ableistung des Reinigungseides sehr unzweckmäßig seyn; nicht zu gedenken, daß ohnedies in dem gegenwärtigen Falle die Besorgniß eines Meineides eintreten würde, und also auch in dieser Rücksicht das Erkenntniß auf eine außerordentliche Strafe vorgezogen werden muß. Eine dergleichen außerordentliche Strafe findet immer statt, wenn ein Todtschlag in einem Tumulte geschehen, und der eigentliche Thäter nicht auszumitteln ist.

Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Th. 1. §. 232. p. 480. edit. de an. 1789.

Da Inquisit Koch unter allen den stärksten Verdacht gegen sich hat, so hat auch gegen ihn härter als gegen die Uebrigen erkannt werden müssen; doch hat seine Strafe in Rücksicht der Zeugnisse von sei-

nem guten Lebenswandel, und des bisher erlittenen Arrestes, und weil der außerordentlich dünne Hirnschädel des Entleibten die Strafbarkeit der Handlung vermindert, nur gelinde ausfallen können.

Ein weit geringerer Verdacht drückt den Conrad Craß und Johann Eyring. Da jedoch beide schon an dem ersten Streite und Handgemenge mit dem Entleibten Theil genommen haben, in welchem dieser an die Erde geworfen und blutig geschlagen ward; so haben sie schon in dieser Rücksicht eine empfindliche Strafe verdient. Nun könnte es zwar scheinen, als ob der zufällige Umstand, daß auf diese Schlägereyen eine neue viel gefährlichere gefolgt ist, die vorhergehende Handlung nicht strafbarer machen könne, als sie an sich gewesen wäre, besonders da Inculpaten schon durch die gefängliche Haft, in welcher sie sich anfangs befanden, gelitten haben. Da aber doch gegen sie ein Verdacht der Mitwirkung bei dem Verbrechen obwaltet, und da die unerlaubten Handlungen auch nach ihren Folgen beurtheilt werden müssen, die gemeine Sicherheit aber erfordert, daß, wenn bei einem Tumulte der eigentliche Thäter nicht auszumitteln ist, die durch die That selbst verwirkte Strafe verschärft wird, und dadurch zugleich den Mitschuldigen ein Beweggrund gegeben werde, den eigentlichen Thäter zur Vermeidung ihrer Strafe anzuzeigen:

Als sind wir, wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XXX.

XXX.

Was unter dem Worte Mobilien zu verstehen sey, wenn es in Aufsätzen von und für Personen, die keine Rechtsgelehrte sind, gebraucht wird.

Nach Elbingerode an das Justizamt daselbst.

Als der Herr uns die fidimirte Abschrift des von dem weiland dasigen Senator Julius Rudolph Fritzen zu Elbingerode errichteten Testaments und die Vorstellung des Fritzischen Curatoris bonorum und Vormunds nebst einer Frage zugesendet ꝛc.

Der Senator Fritze hat in seinem unter dem 28sten März 1791. errichteten, und unter dem 28sten Jan. 1792. eröffneten Testamente unter anderm verordnet:

„daß sein Sohn J. C. Chr. Fritze seine Mobilien ohne Ausnahme für sich behalten solle„ ꝛc.

In eben diesem Testamente hat er auch diesen seinen Sohn und seine Tochter Henriette Fritzin zu Erben dergestalt eingesetzt, daß sich seine beiden Kinder zur Hälfte in sein ganzes Vermögen theilen sollen.

Außer dem Hause und dem gegenüberliegenden Hofe, nebst Gebäuden, besteht sein Nachlaß größtentheils in solchen Sachen, welche man überhaupt unter dem Worte Mobilien begreift, so daß, wenn

wenn man alles das, was unter den rebus mobilibus im juristischen Sinne verstanden wird, dazu rechnen wollte, die Tochter unstreitig, wo nicht in der Legitima, doch in der Quarta falcidia verletzt werden würde.

Es haben daher der Fritzische Curator bonorum und Vormund Erch und Fritze durch ein Decret festzusetzen gebeten:

> Was im gegenwärtigen Falle für Rubriken des Nachlaß-Inventarii zu dem Legat der Mobilien gerechnet werden sollen; oder auch, dem Befinden nach, ein Responsum von einer Juristen-Facultät einzuholen;

dabei aber bemerkt, daß der Erblasser keine vorzügliche Liebe zu einem seiner Kinder gezeigt, keine vollständige Sprachkenntniß, und in seiner Sprache und Schreiben keine Genauigkeit bei der Wahl seiner Ausdrücke beobachtet habe, weshalb es bis zur Gewißheit wahrscheinlich sey, daß er unter dem Prälegat: Mobilien ohne Ausnahme, weiter nichts begriffen habe, als man gewöhnlich unter dem französischen Worte Meublen versteht.

Nun möchte es zwar auf der einen Seite scheinen, als ob kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, von der allgemeinen Bedeutung des Worts Mobilien abzugehen, und den eingeschränkten Sinn, in welchem das Wort Meublen genommen wird, anzunehmen, weil im Deutschen das Wort Fahrniß in einem so allgemeinen Verstande genommen wird, daß es auch das Geld und die ausstehenden Schulden unter sich begreift, weshalb der Ehemann als haeres mobiliaris nach Sächsischem Rechte

te auch diese Stücke aus dem Nachlasse der Ehefrau erhält.

Stryck de succeff. ab inteſtato, Diſſert. IV. C. 3. §. 10.

Wie denn auch in eben dieser Rücksicht Mobilien und Meublen unterschieden werden.

Leyser ad ff. Spec. 390.

Auf der andern Seite gewinnt es das Ansehen, als könne unter dem Worte Mobilien nichts weiter verstanden werden, als was zum bequemen Gebrauch einer Wohnung oder eines andern Aufenthalts dienet, weil nur dergleichen Sachen, aber nicht der übrige Hausrath, welcher außer den Zimmern in der Hauswirthschaft gebraucht wird, mit dem Worte Meublen bezeichnet zu werden pflegen.

Weil aber dennoch, was den ersten Zweifel betrifft, das Wort Fahrniß von einem vielausgebreitetern Sinne ist, als das hier gebrauchte, als unter welchem nur das, was im lateinischen Suppellex, im Französischen Meublen heißt, begriffen wird;

Bergeri Oeconomia Juris Lib. II. Tit. 1. §. 6.

ferner auch die römischen Gesetze die Rechte nicht mit zu den Mobilibus rechnen;

l. 15. §. 2. D. de re judicata.

besonders aber im gegenwärtigen Falle auf den Umstand Rücksicht zu nehmen ist, daß aus dem ganzen Zusammenhange des Testaments sich ergiebt, der Erblasser habe in der Hauptsache beide Kinder gleich bedenken, und eben deswegen einem jeden eine gleiche Erbportion, nemlich die Hälfte des gesammten Nachlasses verschaffen, und dem Sohne nur ein Prälegat zuwenden wollen: so würde man

dies

dies gewiß wider die Absicht des Testators zu weit ausdehnen, wenn man dadurch den Nachlaß, welcher großentheils aus fahrender Habe (rebus mobilibus) besteht, dem Sohne allein zuwenden wollte, da doch der Vater übrigens keine besondere Vorliebe gegen eins seiner Kinder zu erkennen gegeben hatte, mithin nicht vorauszusetzen ist, daß er die Tochter, wo nicht am Pflichttheile, doch an der falcidischen Quarte habe verletzen wollen; weshalb hier von dem rechtlichen Begriffe einer beweglichen Sache abgewichen, und

l. 69. §. 1. D. de leg. 3.

in Anwendung gebracht werden muß, wo ausdrücklich gesagt wird:

> non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerique abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.

Da nun aber auch in Rücksicht des zweyten Bedenkens zu bemerken ist, daß unter dem Worte Mobilien, wenn es im Deutschen gebraucht wird, nicht blos das, was zur Ausmeublirung der Wohnzimmer oder Gartenstuben, sondern auch alles, was zum Gebrauch der Hauswirthschaft gehört, begriffen wird; als erscheint aus allem diesem zusammengenommen soviel:

> daß der Testator unter den dem Sohne voraus vermachten Mobilien nur das, was unter dem Namen Hausrath und Meublen zum bequemen Gebrauch und zur Auszierung der Wohnung und zum Bedürfniß der Hauswirthschaft bestimmt zu werden pflegt, begriffen, davon aber Baarschaften, Juwelen, Kostbarkeiten, Sil-

Silberwerk, Medaillen, Schmuck und Geschmeide, Kleidungsstücke, Putz, Weißzeug und Wäsche, Früchte, und alle verbrauchbare, besonders alle unkörperliche Sachen, imgleichen die Moventien, und das, was als Beilaß zu den Grundstücken gehört, ausgeschlossen habe.

V. R. W. *)

*) Dieses stimmt mit dem überein, was auch in dem Preuß. Gesetzbuche P. II. T. II. §. 6; 18. angenommen worden. Da von einem Gewerbe des Erblassers nichts erhellet, und über die etwa dazu dienlichen Geräthschaften kein Zweifel entstanden war, so ist derselben nicht besonders gedacht worden, um nicht Zweifel zu erregen, wo keine waren.

XXXI.

Daß die Zahlung des Kaufgeldes vom Käufer am Wohnorte des Verkäufers zur Zeit des geschlossenen Kaufs geschehen müsse.

Nach Pirna, an den Finanz-Procurator Hartwig.

Als der Herr uns die Erzählung eines Rechtsfalles nebst einer Frage zugesendet ꝛc.

Cajus, ein Rittergutsbesitzer und Einwohner in Sachsen, hat sein im Schlesischen im Saganschen Kreise ohnweit Glogau gelegenes Rittergut Flachsberg an Sempronium verkauft, dergestalt, daß letzterer die Kaufgelder in Friedrichsd'or zu 5 Rthlr. binnen gewissen Jahren jährlich mit 4000 Rthlr. zinsbar mit 4 pro Cent an Cajum zu bezahlen hat. Es hat aber dieser Cajus zur Zeit des geschlossenen Kaufs seinen Wohnort von Schlesien nach Sachsen verlegt gehabt, welches auch dem Sempronius schon zu gedachter Zeit bekannt gewesen, und er hat in der Voraussetzung, daß es sich in Schlesien wie in Sachsen von selbst verstehe, daß der Schuldner dem Gläubiger die Zahlung kosten- und portofrey in des letztern Wohnort leisten müsse, dieserhalb sich nichts vorbedungen, und es entsteht daher zwischen beiden nun die Frage:

Ob, schlesischen Rechten nach, Käufer Sempronius die von dem Rittergute Flachsberg zu bezahlen habenden rückständigen Kaufgelder, samt Zinsen, an Verkäufer Cajum nach Sachsen

sen an den jedesmaligen Ort seines Aufenthalts, oder auch an seine Anweisung porto- und kostenfrey, wenn schon darüber in der Kaufpunctation nichts besonders bestimmt worden, einzusenden verbunden ist, und ob, wenn die Sache zu rechtlicher Contradiction kommt, man auf ein beifälliges Urtheil für Cajum rechnen kann?

Nun gewinnt es zwar das Ansehen,

1) als ob die Zahlung des Kaufgeldes an dem Orte der Uebergabe der Sache geschehen müßte, welche bei Grundstücken nirgends anders, als wo sie liegen, möglich ist; auch scheint es

2) als müsse in Ermangelung eines hierüber sprechenden besondern schlesischen Gesetzes hier die Verordnung der gemeinen Rechte eintreten, nach welchen, zufolge

l. h. §. 3. D. de eo quod certo loco,

die Zahlung da, wo sie gesucht wird, geleistet werden soll, zumal da in den Preußischen Gerichten dieser Grundsatz auch sonst angenommen wird.

Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Samml. I. p. 67.

Da aber

ad 1) in dem hier zum Grunde liegenden Falle die Zahlung des Kaufgeldes nicht bei der Uebergabe folgen, sondern der Kaufpreis terminweise nach Art eines Darlehns bezahlt werden soll *). Ferner auch

2)

*) Deswegen konnte auch der §. 92. Tit. XI. P. I. des G. B. hier keinen Zweifel erregen.

2) l. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco den hier in Frage stehenden Fall nicht entscheidet, vielmehr beiden, dem Schuldner sowohl als dem Gläubiger, die Wahl des Orts überläßt; auch ex argumento

l. 21. de operis libertorum

die Meinung bewährter Rechtslehrer dahin geht, daß die Zahlung in dem Hause des Gläubigers geschehen müsse;

Leyser in medit. ad D. spec. 528. med. 10.

überdies auch

3) nach Sachsenrechte, welches in Schlesien angenommen ist, die Zahlung im Hause des Schuldherrn geschehen muß;

Sächsisches Landrecht, C. II. Art. 65.

endlich auch

4) das allgemeine Preußische Gesetzbuch P. 1. Tit. V. §. 248. und Tit. XI. §. 769. 774. als welches nach dem §. 9. des Publications-Patents vom 20sten März 1791. auch bei ältern Fällen zur Entscheidung der nach gemeinem Rechte streitigen Rechtsfragen dienen soll, bestimmt,

daß im Mangel einer anderweitigen Verabredung die Zahlung kostenfrey an dem Orte geschehen müsse, wo der Gläubiger zur Zeit des geschlossenen Vertrags seinen Wohnsitz gehabt, und daß bei gerichtlich eingetragenen Schuld-Instrumenten der Schuldner nur in dem Falle, wenn der Gläubiger nachher seinen Wohnort verändert hat, zwischen dem vorigen Wohnorte des Gläubigers, und demjenigen, wo das Hypothekenbuch sich befindet, wählen könne;

Als sind wir der Meinung:

daß, auch nach den in Schlesien geltenden Rechten, Käufer Sempronius die von dem Rittergute Flachsberg zu zahlen habende rückständige Kaufgelder, samt Zinsen, an Verkäufer Cajum nach Sachsen an denjenigen Ort, wo derselbe zur Zeit des geschlossenen Kaufs seinen Wohnsitz hatte, wenn schon darüber in der Kaufpunctation nichts besonders bestimmt worden, kostenfrey einzusenden schuldig sey, und Cajus, wenn die Sache zum rechtlichen Widerspruch kommen sollte, auf ein beifälliges Urtheil zu rechnen, guten Grund habe. V. R. W.

XXXII.

Daß nach gemeinem Rechte die Einreichung eines Inventarii von Seiten des Vaters, ehe er zur zweyten Ehe schreitet, zu der Auseinandersetzung mit seinen Kindern nicht erforderlich sey.

Nach Greifswald an das Hofgericht daselbst.

Als die Herren uns Imploration und resp. eingebrachte Supplication, deren Rechtfertigung und übriges rechtliches Einbringen, in Sachen des Oberforstmeisters von Barnekow zu Teschwitz, Supplicanten an einem, wider den Advocaten N., Supplicaten am andern Theile, betreffend die Exhibition des Inventarii über den Nachlaß der verstorbenen Ehegenossin des erstern, in einem Heft Acten zugesendet ꝛc.

Nunmehro aus den Acten soviel zu befinden, daß Supplicant das Inventarium über den Nachlaß seiner verstorbenen Ehegattin, der geschehenen weitern Vertheidigung ohngeachtet, noch zur Zeit zu exhibiren nicht schuldig, mithin die Befehle vom 28sten März und 2ten May 1792, jedoch mit Vergleichung der Kosten, wiederum aufzuheben. V. R. W.

Denn es würde zwar nützlich seyn,

1) gesetzlich zu verordnen, daß kein Vater vor der Auseinandersetzung mit den Kindern erster Ehe zur zweyten schreiten solle, wie denn auch in dieser Rücksicht

2) dies durch Landesgesetze verschiedentlich verordnet worden, als woraus eine allgemeine

deut-

deutsche Observanz gefolgert werden will. Auch scheint

3) die Policey-Ordnung im Herzogthum Vorpommern vom 12ten December 1762.

Cap. 17.

dies zu verlangen; und es werden

4) auch verschiedene Fälle angeführt, wo den Vätern, welche zur zweyten Ehe geschritten sind, ein Verzeichniß von den Sachen der verstorbenen Ehegattin abgefordert worden.

Weil aber doch

ad 1) durch bloße Meinungen von der Zuträglichkeit eines einzuführenden Gesetzes die aus ältern Gesetzen schon erworbenen Rechte nicht gekränkt werden können;

ad 2) Gesetze anderer deutschen Reichsprovinzen, wenn sie auch noch so übereinstimmend wären, nie ein allgemeines deutsches Recht begründen können;

Hufelands Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft St. 1. C. 1.

überdies auch die Verordnungen des neuern römischen Rechts, wo nicht besondere Ausnahmen nachgewiesen werden können, besonders auch in Rücksicht der Rechte der väterlichen Gewalt gelten müssen;

Selchow Elem. Jur. Germ. privat. hodierni Lib. II. c. II. Tit. 1. §. 498. not. 3.
Leyser ad D. Spec. 300. §. 13—15.

Lex 4. C. de bonis maternis aber ausdrücklich sagt:

omnem ambiguitatis confusionem amputantes, hac liquida et compendiosa lege sancimus, circa usumfructum maternarum rerum, nullam esse differentiam, sive

in priori matrimonio pater, ex quo filios habet, manere voluerit, sive novercam filiis superinduxerit: legibus, quae de maternis bonis latae sunt, suam habentibus firmitatem. Patres igitur usumfructum maternarum rerum, etiamsi ad secundas migraverunt nuptias, sine dubio habere debebunt, nec ullum filiis, vel quibuslibet ex persona eorum, contra patres improbam vocem accusationemque posse competere.

ad 3) auch die Vorpommersche Policeyordnung a. a. O. offenbar nur von den Städten redet, wo das Lübische Recht zwischen den Eheleuten und den Kindern aus der ersten Ehe ganz ein anderes Verhältniß begründet; eben deswegen

ad 4) nach dem Atteste des Tribunals der Registrator Scheffel von Seiten eines hohen Tribunals zu Wismar von den zur zweyten Ehe schreitenden Vätern auf dem Lande in den von demselben angeführten Fällen kein dergleichen Inventarium gefordert, von dem Ober-Appellationsrath v. M* aber den Erben selbiges aus freyem Willen und unaufgefordert übergeben worden; die andern in der Verordnung vom 22 May 1792. angeführten Fälle hingegen eine gegenseitige Rechtsgewohnheit um so weniger begründen können, da außer der Länge der Zeit und der nicht erhellenden Meinung der rechtlichen Nothwendigkeit auch die Gleichförmigkeit der Handlung ermangelt.

Glücks Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten, Th. 1. S. 442. ff.

Als sind wir überall, wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

XXXIII.

XXXIII.

Ob dem Pflichttheile im Voraus gültig entſagt werden könne.

In Sachen des Johann Gottlieb Franke von Laaſen, Klägers an einem, wider die Eve Juſtine verwittwete Müllerin, Bekl. am andern Theile, wurde erkannt: Nach Mühlsdorf bei Gera.

Daß Bekl. ſich auf die wider ſie eingereichte Klage einzulaſſen ſchuldig, weil ſie nun ſolches auf dieſen Fall bereits gethan, und ſoviel eingeräumt hat, daß ſie als Beſitzerin des Nachlaſſes des klägeriſchen Vaters Johann Friedrich Franke betrachtet werden kann, ſo iſt Beklagte verbunden, ein Verzeichniß deſſelben, ſo wie ſie deſſen Richtigkeit eidlich zu erhärten vermag, binnen ſächſiſcher Friſt einzureichen, damit ſelbiges dem Kläger zu Anfertigung ſeiner Erinnerungen dagegen zugefertiget werden könne, und bleibet dem Kläger ſein Recht wegen des angeblich verletzten Pflichttheils bis dahin vorbehalten, auch wird die Entſcheidung der Frage: wer die Koſten dieſes Rechtsſtreits zu tragen ſchuldig ſey? ſo lange ausgeſetzt, bis zugleich über die angebliche Verletzung am Pflichttheile rechtlich wird erkannt werden können. V. R. W.

Gründe.

Denn was zuvörderſt den geforderten Vorſtand betrifft, ſo bedarf es deſſelben nicht, da Kläger nach dem beigebrachten Atteſte mit einem Grund-

stücke unter dem Gericht, vor welchem dieser Rechtsstreit schwebt, angesessen ist. Auch der gedruckte Vollmachtsumschlag, dessen Mangel Bekl. gerügt hatte, ist zu den Acten gebracht.

Was nun aber den Einwand der durch Vergleich gehobenen Klage betrifft; so kann dem Kläger das Recht, den Pflichttheil von der väterlichen Verlassenschaft zu fordern, dadurch keinesweges benommen werden.

Denn obgleich viele angesehene Rechtslehrer der Meinung sind, daß eine Entsagung auf eine künftige Erbschaft gültig geschehen könne:

Schilter in Exerc. ad ff. 8. §. 40.
Mevius P. III. Dec. 270.
Strubens rechtl. Bed. Th. II. Bed. 68. p. 256.

so ist doch diese Meinung in so fern ungegründet, als dadurch auch die Entsagung auf den Pflichttheil aufrecht erhalten werden soll.

Denn wenn man auch annimmt, daß l. 16. ff. de suis et legit. hered. in Deutschland keine Anwendung finde, so ist doch kein Grund vorhanden, weswegen l. 35. C. de inoffic. testam. für ungültig geachtet werden sollte. Es läßt sich keinesweges behaupten, daß in Deutschland ein allgemein geltendes Gesetz oder eine dergleichen Gewohnheit existire, wodurch dieses Gesetz wäre abgeschafft worden.

Alles, was man auf eine deutsche Gewohnheit gründen könnte, wäre die Befugniß, Erbverträge zu schließen. Dadurch würde man aber nur berechtiget seyn, diejenigen römischen Gesetze für ungültig zu erklären, welche sich lediglich auf den Satz gründeten, daß keine Verträge über künftige Erbanfälle stattfänden.

Allein

Allein l. 35. C. de inoffic. teſtam. führet einen ganz andern Grund an, nemlich den:

meritis magis filios ad paterna obſequia provocandos, quam pactionibus adſtringendos.

Dies iſt ein Grund, welcher eben ſowohl auf unſere als auf die römiſche Verfaſſung anwendbar iſt; es iſt hier nicht die Rede davon, daß der Vater mit ſeinem Sohne nicht contrahiren könne, noch davon, daß über die künftige Erbſchaft kein Vertrag ſtattfinde; ſondern nur davon, ob ein Vertrag gelte, wodurch ſich der Sohn ſeines Rechts auf die väterliche Verlaſſenſchaft, ſogar mit Einſchluß des Pflichttheils, begiebt.

Dieſer Vertrag wird für ungültig erklärt, weil ein Vater den Sohn zu Befolgung ſeines Willens durch Verdienſte, welche er ſich um ihn erwirbt, und nicht durch Verträge, wodurch er ihn um ſein Recht bringt, antreiben müßte.

Es fällt auch in die Augen, daß ein Vertrag zwiſchen Vater und Sohne, wodurch der letzte ſeinen ihm ſonſt gebührenden Pflichttheil verlieret, entweder eine Ueberliſtung von Seiten des erſtern, oder einen Irrthum von beiden Theilen vorausſetzt. In beiden Fällen mangelt es an der natürlichen Verbindlichkeit, wodurch der Vertrag aufrecht erhalten werden könnte.

Es iſt ſchändlich, daß der Sohn durch ſeinen eigenen Vater um ein Recht gebracht werden ſoll, welches ihm die Geſetze einräumen, und dieſer Grund paßt eben ſowohl auf den deutſchen als auf den römiſchen Vater. Hierzu kommt noch, daß die Lehre vom Pflichttheile aus dem römiſchen Rechte herkommt, und nach den Grundſätzen deſſelben beur-

theilet werden muß, daß nach eben diesen Grundsätzen der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert werden darf, und daß auch schon darum keine entgegengesetzte deutsche Gewohnheit angenommen werden kann, weil selbst diejenigen, welche eine dergleichen Gewohnheit voraussetzen, dennoch zugeben, daß es gebräuchlich sey, dergleichen Entsagungen eidlich vollziehen zu lassen.

Struben l. c.

Diese Gewohnheit setzt die Ueberzeugung voraus, daß auch nach deutschen Rechten der Vertrag, als Vertrag, eine solche Wirkung nicht haben würde.

Nimmt man nun aber an, daß Kläger seinem Pflichttheil gültig nicht hat entsagen können, so kann der gedachte Vertrag nur so weit gelten, als der Pflichttheil nicht verletzt worden ist.

Dies muß auch um so mehr angenommen werden, da, nach Ausweis der beigefügten Acten, Vater und Sohn nicht in dem besten Vernehmen gestanden haben, und also vorausgesetzt werden muß, Kläger habe aus bloßer Achtung ein gewisses Recht nicht aufopfern wollen. Sollte nun wider Vermuthen Kläger am Pflichttheile verletzt seyn, so würde ihm die clausula rebus sic stantibus zu statten kommen.

Bei so bewandten Umständen konnte die Beklagte die Einlassung nicht verweigern. Diese ist auch so ausgefallen, daß die Klage wenigstens zum Theil als statthaft erscheinet.

Nun ist zwar soviel gewiß, daß Kläger sich keines Rechtes auf den ganzen Nachlaß anmaßen kann. Denn Kläger kann das väterliche Testament durch Erbietung zum Eide, darüber, daß der Vater es widerrufen habe, nicht entkräften.

Hier-

Hiernach könnte es scheinen, als ob Kläger mit seiner Klage angebrachtermaßen abzuweisen gewesen wäre, weil die Kläge nicht eigentlich auf Erfüllung des Pflichttheils gerichtet sey. Allein nicht zu gedenken, daß er sich auf die Verletzung am Pflichttheil berufen, und die Klage auf Edition einer eidlichen Specification gerichtet hatte, so würde auch hier l. un. C. ut, quae desint advocatis partium, judex suppleat, eingreifen.

Es konnte und mußte daher auf die Edition eines eidlichen Verlassenschafts-Verzeichnisses gesprochen werden. Da nun aber sich nach dessen eidlicher Bestärkung zeigen wird, in wiefern Kläger zu der gegenwärtigen Klage befugt gewesen sey, so ergiebt sich die Aussetzung des Kostenpuncts von selbst.

Weshalb überall so, wie geschehen ist, erkannt werden müssen.

XXXIV.

1) Nachtheil der unterbliebenen Leichenöffnung.
2) Daß der Defensor die Vertheidigung nicht bloß aus den Acten führen, sondern sich auch mit dem Inquisiten unterreden müsse.

In einer nicht vollständig instruirten Criminalsache wurde im Jahr 1793. im Monat November Folgendes erkannt.

Daß Inquisitin Catharine P**, mit der Christiane G** und der Anne Catharine H**, nachdem diese zuvor angehalten worden, alles, was sich um die Zeit, da nach ihrer Meinung das Kind weggebracht worden, mit ihr und dem Kinde zugetragen hat, unter genauer Bestimmung der Zeit, des Orts und aller übrigen Umstände eidlich anzugeben, und die Personen, welche von eben diesen Umständen Wissenschaft haben können, anzuzeigen; ordnungsmäßig zu confrontiren, und wenn sich neue Umstände ergeben sollten, von neuem über Artikel, jedoch mit Vermeidung aller Suggestion, zu vernehmen, Acta auch hierauf dem Defensor zu Beobachtung der Rechte der Defendendae vorzulegen, diese aber zu diesem Ende zu einer in Gegenwart des Gerichts mit dem Defensor zu haltenden Unterredung zu verstatten sey; worauf sodann nach gehörig inrotulirten Acten weiter ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Ge-

Geschichtserzählung und Gründe.

Am 3ten December 1792. wurde in dem Dorfe B** bei R** ein todtes Kind weiblichen Geschlechts in einem innerhalb des von R**schen Feldgartens befindlichen Häuschen gefunden. Das Kind war mit einem ziemlich weiß gewaschenen Hemde bekleidet, in grobe minder weiße Leinewand eingehüllt. Eine andere Bekleidung hatte es nicht; es schien mit Fleiß abgewaschen zu seyn; es war mager, abgezehrt und vor Kälte erstarrt, aber Spuren einer gewaltsamen Tödtung oder Verletzung waren an demselben nicht zu bemerken.

Weil man nun voraussetzte, daß es eines natürlichen Todes gestorben sey, so fand der Arzt die Oeffnung des Leichnams für überflüssig. Sein Gutachten fiel dahin aus, daß gedachtes Kind an einer Krankheit, und zwar an einer fehlerhaften Beschaffenheit der Säfte und daher entstandenen Verderbniß der Eingeweide, gestorben sey.

Da die Catharine gebohrne W**, verehelichte P** schon seit 1½ Jahr von ihrem Manne getrennt in der Dürftigkeit gelebt, und sich über die Kosten, welche ihr die Verpflegung ihres 1½jährigen Kindes verursachte, beklagt, auch das Kind, ihrer Angabe nach, auswärts in die Kost gegeben hatte, gleichwohl aber von dessen Aufenthalt nichts mit Sicherheit zu erfahren war, so wurde dieselbe zur General- und nachher zur Special-Inquisition gezogen.

Anfangs behauptete Inquisitin, daß das Kind, welches sie nach M** bei einer Anverwandtin in die Kost gegeben hätte, daselbst an einem dem Jammer ähnlichen Zufalle gestorben wäre.

Gegen die G**, bei welcher die Inquisitin wohnte, und bei welcher dieses Kind ¾ Jahr in der

Pflege

Pflege gewesen war, hatte sie sich ebenfalls verlauten lassen, daß sie ihr Kind auswärts untergebracht habe.

Als aber die Inquisitin vernahm, daß wegen dieses Kindes auswärts Nachfrage geschehen sollte, änderte sie ihre erste Aussage dahin, daß sie behauptete, das Kind sey bei ihr selbst gestorben, aber von ihr, des wohlfeilern Begräbnisses wegen, nach M** getragen worden. Da ihr aber, so fuhr sie in ihrer Erzählung fort, unterweges ein unbekannter Mann begegnet sey, und dieser sich erboten habe, das Kind bei Seite zu schaffen, so habe sie ihm 2 Groschen nebst dem Kinde selbst eingehändiget.

Sie änderte ihre Aussage verschiedentlich ab, blieb aber zuletzt dabei, daß sie das Kind, welches sich im Bette verunreiniget hätte, und an allen Theilen des Körpers beschmutzt gewesen sey, in einen Eimer kaltes Wasser getaucht, auf diese Art gereiniget in das Bette gesteckt, und das Kinderzeug gewaschen, nachher aber das Kind im Bette todt gefunden, todt aus dem Bette gezogen, und an den Ort, wo es gefunden worden, getragen habe.

Nun hatte sie zwar anfangs bekannt, daß sie das Kind, um es zu reinigen, erst mit den Beinen, und nachher mit dem Kopfe ins Wasser gesteckt habe, weil es überall voll Koth gewesen, und daß es also wohl etwas zu lange im kalten Wasser geblieben seyn könnte. Allein bei dem Specialverhör hat sie davon nichts wissen wollen. Uebrigens äußerte sie noch, daß sie nicht wisse, ob nicht vielleicht das Kind im Bette erstickt seyn könnte.

Nach geschlossener Special-Inquisition trug ihr Vertheidiger auf die gänzliche Freysprechung der

Inqui

Inquisitin an, weil nicht angenommen werden könne, daß sie das Kind lebendig ausgesetzt habe, und ihr bei dem Tode ihres Kindes weder ein böser Vorsatz, noch ein Versehen zur Last gelegt werden könnte, zumal da in den besten pädagogischen Schriften das Baden der Kinder im kalten Wasser, besonders auch am Kopfe, als der Gesundheit zuträglich empfohlen würde, überhaupt aber zufolge des vom Arzte abgestatteten Gutachtens ein natürlicher Tod des Kindes angenommen werden müsse.

Wegen der Förmlichkeiten der Untersuchung ist zu bemerken, daß die Oeffnung des Kindes, um der Todesursache näher nachzuspüren, nicht hätte unterlassen werden sollen. Weil aber weder die Vermeidung noch die Verbesserung dieses Fehlers in der Macht des untersuchenden Richters gestanden hat: so hat deshalb weiter nichts erkannt werden können. Dagegen aber verdient es eine nähere Erwägung, daß die Inquisitin nicht mit den Zeugen, welche aussagen, daß Inquisitin das Kind lebendig aus dem Hause getragen habe, der Zeit und der übrigen Umstände wegen ist zusammengestellt worden.

Denn nach der Aussage der Christiane G** hat die Inquisitin das Kind an dem Tage, da es von ihr weggetragen worden, aus dem Stühlchen in der G** Stube hastig weggerissen, und ist mit ihm sofort zur Thüre hinausgegangen, ohne zu sagen, wohin sie wolle, welches des Morgens um 8 Uhr geschehen seyn soll; auch soll sie an diesem Tage nicht eher als gegen 9 Uhr des Abends zurückgekommen seyn.

Hiermit stimmt auch die Aussage der Anne Catharine Wittwe H** in so fern überein, daß sie bekundet, das Kind sey von der Inquisitin am

gedachten Tage des Morgens um 8 Uhr im Mantel gehüllt weggetragen worden, und zwar lebendig, denn das Kind habe sich dabei umgesehen; dagegen behauptet die Inquisitin, daß sie das Kind erst gegen Abend, und zwar todt, weggetragen habe, an demselben Tage aber des Vormittags zweymal, jedoch jedesmal ohne Kind, aus dem Hause gegangen sey.

Nun könnte es zwar scheinen, als ob es dieser den Proceß verzögernden und allem Anscheine nach fruchtlos ablaufenden Handlung um so weniger bedürfe, weil doch ohnedies das Corpus delicti mangele, und vielmehr aus dem Gutachten des Arztes erhelle, daß das gedachte Kind eines natürlichen Todes gestorben sey. Allein da die Oeffnung des Leichnams unterblieben ist, so läßt sich allein aus der äußern Beschaffenheit desselben auf die Ursache des Todes nicht mit Sicherheit schließen. Die durch den Frost bewirkte Erstarrung des Körpers führt auf die Vermuthung, daß Frost auch die Ursache des Todes gewesen sey, zumal da Haller in den Vorlesungen über die gerichtliche Arzneywissenschaft

B. 2. Th. 2. C. 24. p. 48.

die kalte Erstarrung als Merkmal des Erfrierens angiebt. Hätte man den Leichnam geöffnet, so hätte man vielleicht aus den von Ploucquet in der Abhandlung über die gewaltsamen Todesarten

§. 95. p. 90.

angegebenen Kennzeichen abnehmen können, daß das Kind wirklich erfroren sey.

Wenn dagegen der Arzt in seinem Gutachten aus den von ihm angegebenen Kennzeichen auf eine natür-

natürliche Todesart des Kindes schließt; so stehet ihm der Mangel der Leichenöffnung entgegen, als welche allein den unsichern äußerlichen Merkmalen die nöthige Unterstützung hätte verschaffen können; wie es sich denn auch bei dem Mangel der Leichenöffnung sehr wohl denken läßt, daß das Kind zwar todtkrank gewesen, aber doch nicht an der Krankheit, sondern am Frost gestorben sey; womit die vielleicht im Schlafe geschlossenen Augen des Kindes sehr wohl übereinstimmen. Unter diesen Umständen ist es wichtig, zu erforschen, ob die Inquisitin das Kind lebendig aus dem Hause getragen habe; hierzu dient aber die genaue Ausmittelung der Zeit, wenn und wie oft die Inquisitin mit dem Kinde oder ohne dasselbe ausgegangen sey.

Nun ist zwar die Gegeneinanderstellung kein unfehlbares Mittel, die Wahrheit zu erforschen, weil hartnäckige Inquisiten auch die Schaamlosigkeit so weit treiben, daß sie den Zeugen, welche die Sache besser wissen, dennoch die Unwahrheit unter die Augen sagen.

Allein als eine so hartnäckige Person erscheinet die Inquisitin aus den Acten nicht, ja die Gegeneinanderstellung der Zeugen mit der Inquisitin kann vielleicht zu Ausmittelung ihrer Unschuld dienen, wenn von beiden Seiten speciellere Umstände der Zeit und des Orts angegeben werden, aus welchen sich vielleicht ein Irrthum auf Seiten der Zeugen offenbaren würde. Die daraus entstehende Verlängerung des Arrestes der Inquisitin ist eine Folge des vorsätzlichen Verschweigens des Todes ihres Kindes, und es kann also zu Beschleunigung ihrer Entlassung kein Mittel, wodurch

die Wahrheit näher ins Licht gesetzt werden könnte, unterlassen werden.

Da endlich der Inquisitin Gelegenheit verschafft werden muß, sich gegen die beschwerenden Umstände, welche etwa gegen sie ausgemittelt werden könnten, zu vertheidigen; die Vertheidigung aber ohne Unterredung des Defensors mit der Inquisitin nicht mit dem gehörigen Nutzen geschehen kann, endlich auch alle Suggestionen vermieden, und die Acten mit einem ordnungsmäßigen Rotulo versehen werden müssen:

So hat durchgängig nicht anders, wie geschehen ist, erkannt werden können.

XXXV.

Erläuterung der Theorie vom gefährlichen Diebstahl.

Nach Coswig an das Justizamt das.

Der Tagelöhner Christian Gottlieb Wenzel zu Coswig hatte bemerkt, daß der Schutzjude Herz den Laden zu seinem Gewölbe nicht recht befestiget hatte. Er machte sich dies zu Nutze, öffnete ihn durch starkes Rütteln, sprengte eine Fensterscheibe mit einem Taschenmesser, und griff durch die zersprengte Fensterscheibe, öffnete das Fenster, stieg hinein, und vollendete so den Diebstahl, dessen Betrag der Bestohlne zwar auf 60 Rthlr. eidlich angegeben, wovon er aber einen Theil wieder zurückerhalten hatte. Auf Ersatz des übrigen Schadens entsagte er, nachdem der Dieb eingezogen und zur Untersuchung gezogen worden. Die übrigen Umstände ergeben sich aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses, welches dahin ausfiel:

Daß Inquisit, der Tagelöhner Johann Christian Gottlieb Wenzel zu Coswig, wegen des von ihm verübten und eingestandenen Diebstahls, mit zweyjähriger Zuchthausarbeit, nebst Züchtigung am Anfang und Ende der Strafzeit, zu belegen, derselbe auch die auf diese Untersuchung verwandten Kosten, so weit sein Vermögen dazu hinreichend ist, zu erstatten verbunden; gegen dessen Eheweib, die Marie Christine gebohrne Kloßin, aber nichts weiter vorzunehmen, die Acten jedoch alles Fleißes aufzubewahren, und sollten sich künftig mehrere Anzei-

gen gegen die Inculpatin wegen Theilnehmung an dem Diebstahl ihres Mannes ergeben, so ergienge sodann weiter, was Recht ist. Die Defensionsgebühren werden auf 8 Rthlr. 15 Gr. ermäßiget.

V. R. W.

Gründe.

Denn Inquisit hat eingestanden, daß er den einen in des Schutzjuden Herz Gewölbe gehenden Fensterladen, welcher, wie er vorher zufällig bemerkt hatte, nicht recht befestiget gewesen, nachdem er stark daran gezogen, geöffnet, und hierauf mit einem Taschenmesser eine Fensterscheibe gesprengt, alsdenn durch die gesprengte Scheibe hineingegriffen, und so das Fenster aufgekettelt habe, worauf er zuerst auf das Ladenbrett, und denn vollends zum Fenster hineingestiegen sey, und allerhand Waaren herausgeholet habe.

Hieraus ergiebt sich, daß Inquisit sich selbst eines Diebstahls schuldig erkannt hat, und es kann an der Richtigkeit dieses Bekenntnisses um so weniger gezweifelt werden, da viele gestohlne Sachen nicht nur bei ihm, sondern auch bei den Leuten, welchen er sie, selbst oder durch sein Eheweib, verkauft hatte, gefunden worden.

Da nun auch der Damnificat das corpus delicti eidlich erhärtet hat: so stehet auch in dieser Rücksicht das Corpus delicti fest; und es kommt also nur auf die Entscheidung der Frage an: welche Strafe von dem Inquisiten verwirkt worden sey? Nun scheint es zwar, als ob härter, als geschehen, und wohl gar auf die Todesstrafe, hätte erkannt werden müssen, indem

1) zu

1) zu diesem Diebstahl eingebrochen und eingestiegen, auf alle Fälle aber
2) ein großer Diebstahl begangen worden sey, weil Damnificat den Werth der gestohlnen Sachen auf Höhe von 60 Rthlr. eidlich erhärtet hat.

Allein was 1) die Eigenschaft eines gefährlichen Diebstahls anbelangt, als weshalb zufolge art. 159. der P. G. O. die Todesstrafe zu erkennen seyn würde, so ist zwar die Carpzovische Theorie, nach welcher Einsteigen und Einbrechen und das Daseyn der Waffen cumulative zum gefährlichen Diebstahl erfordert wird,

Carpzov. Pract. crim. qu. 79.

den Worten des Gesetzes offenbar zuwider, wie denn auch die Stelle des vorangeführten Artikels:

so ist in dem Diebstahl, der mit Waffen geschieht, eine Vergewaltigung und Verletzung zu besorgen —

nicht schlechterdings anzeigt, als ob allemal eine Lebensgefahr für den Bestohlnen müsse zu besorgen seyn, wenn der Diebstahl für einen gefliſſentlichen gefährlichen gehalten werden soll; vielmehr wird dadurch zu erkennen gegeben, daß ein Diebstahl, welcher mit Waffen geschieht, einem solchen, wozu eingestiegen und gebrochen wird, gleichgeachtet werden solle; besonders da der Sinn dieses Gesetzes durch die Schlußworte des darauf folgenden 160sten Artikels außer Zweifel gesetzt worden, wo es heißt:

wo aber der Dieb zu solchem Diebstahl gestiegen oder gebrochen, oder mit Waffen, als vorsteht, gestohlen hätte: so hat er damit, wie obgemeldet, das Leben verwirkt *).

*) Ich bin jetzt der Meinung, daß zwar zum Begriff des gefährlichen Diebstahls nothwendig Gefahr für Leben oder

Allein obgleich auch die Gefahr, welche dem Eigenthum Anderer drohet, bei der Strafe des gefährlichen Diebstahls in Rechnung kommt, so muß doch dabei ein wohlverwahrtes Eigenthum vorausgesetzt werden, und es sind daher mehrere Rechtslehrer der Meinung, daß die Strafe des gefährlichen Diebstahls hinwegfalle, wenn der Bestohlne sein Eigenthum nicht sorgfältig verwahret hat, oder doch der Dieb ohne Anwendung dazu bestimmter Werkzeuge und ohne Ueberwindung beträchtlicher Schwierigkeiten den Diebstahl hat vollführen können.

Strubens rechtliche Bedenk. P. III. Bed. 15. p. 87. sq.
Selchow Rechtsfälle B. 1. N. 22. p. 232. sq.

Auch Leyser, welcher sonst das Verbrechen des Diebstahls mit vorzüglicher Strenge geahndet wissen will,

ad ff. Spec. 535.

erfordert doch zum furto qualificato eine vim atrociorem, deswegen sagt er auch:

ad irrogandum ultimum supplicium effractio manibus facta non sufficit. Quia nec instrumenta, quae fur effringendi animo non adportavit, sed forte reperit, sufficiunt.

Spec. 536. Med. 11. 12. 13.

Im gegenwärtigen Falle hat der Inquisit den Laden blos durch Rütteln mit der Hand geöffnet. Nun hat er zwar durch das Messer eine Glasscheibe gesprengt; allein einestheils kann ein Taschenmesser nicht

oder wohlverwahrtes Eigenthum erfordert werde, daß aber doch die Todesstrafe nur den lebensgefährlichen Diebstahl und den entschlossenen Bösewicht treffen solle, welcher eben so wenig Hoffnung zur Reue übrig läßt, als derjenige, welcher schon zum drittenmale gestohlen hat. Man sehe meine Grundsätze des peinlichen Rechts, Halle 1796. §. 442. S. 317–320.

nicht für ein gefährliches zum Einbruch oder zum Tödten bestimmtes Instrument gehalten werden, und anderntheils ist auch die Gewalt, welche damit ausgeübet worden, so geringe, daß sie nicht für einen Einbruch gehalten werden kann.

Nun gewinnt es zwar das Ansehen, als ob wenigstens eine der Todesstrafe nahekommende hätte erkannt werden müssen.

Da aber zufolge des Gerichtsbrauchs nur eine mehrjährige Festungs- oder Zuchthausstrafe erkannt zu werden pflegt, und in dem von Selchow a. a. O. angeführten Falle nur auf eine zweyjährige Zuchthausstrafe erkannt worden ist *), so kann die im gegenwärtigen Falle bestimmte nicht für zu gelinde gehalten werden. Denn wenn auch in jenem Falle der Einbruch mit der bloßen Hand geschehen war, so ist doch in diesem der Gebrauch des Taschenmessers zu Aushebung der Fensterscheibe, von der Gewalt, welche mit der bloßen Hand ausgeübt worden, wenig verschieden. Wie denn auch in jenem Falle ein Dieb zu bestrafen war, welcher sich schon mehrerer Diebstähle schuldig gemacht hatte, da hingegen

*) So wenig das, was in einem andern Falle erkannt ist, als Gesetz für andere Fälle gelten kann: so sehr halte ich es doch für Pflicht, bei willkührlichen Strafen auf das, was in ähnlichen Fällen erkannt worden ist, Rücksicht zu nehmen. Es versteht sich zwar von selbst, daß man da, wo die Umstände eine andere Strafe zu erfordern scheinen, daran nicht gebunden sey; aber ich bin auch überzeugt, daß die Strafen erst dadurch recht wirksam werden, wenn sie, so viel als möglich, die allgemeine Billigung erhalten. Diese wird aber gewiß fehlen, wenn kein Verhältniß in den Strafen zu finden ist. Schon in dieser Rücksicht ist die Bekanntmachung der Criminalfälle so nützlich.

gegen in diesem der Inquisit noch keines andern Verbrechens verdächtig worden ist.

Was aber 2) die Frage anbelangt, ob nicht hier ein mit dem Strange zu ahndender großer Diebstahl vorhanden sey? so ist nicht nur der neuere Gerichtsbrauch gegen die Anwendung dieser Strafe,

Selchow l. c.

sondern es kann auch auf die eidliche Bestärkung des corporis delicti von Seiten des Damnificaten deswegen nicht geachtet werden, weil die gestohlnen Sachen nicht specifice abgeschätzt worden,

de Boehmer ad C. C. C. art. 160. §. 6.

auch nicht alle genau angegeben, viele wieder zurückgestellt, diese aber nicht abgerechnet worden, wie doch, um die Größe des erlittenen Verlusts zu bestimmen, hätte geschehen müssen.

Idem l. c. §. 9.

Wozu noch kommt, daß der Damnificat sich an dem, was er zurück erhalten, begnügt, und auf alle weitere Verfolgung seines Rechts entsagt hat; als welches ebenfalls die Folge hat, daß unter diesen Umständen auf die Größe des erlittenen Verlustes keine Rücksicht genommen werden kann.

Idem l. c.

Da aber auch wegen der durch jeden Einbruch verletzten öffentlichen Sicherheit dieses Verbrechen mit Strenge geahndet werden muß, und die That vorher überlegt worden, so hat eine gelindere Strafe nicht erkannt werden können.

Gegen des Inquisiten Eheweib kann nur auf absolutionem ab instantia gesprochen werden. Sie ist zwar einer Theilnehmung an dem Diebstahl nicht über-

überführt, aber doch verdächtig, weil die Unwahrheiten, welche ſie bei dem Verkauf der geſtohlnen Sachen, und auch anfangs vor Gericht, von ſich hat vernehmen laſſen, dieſen Verdacht unterhalten, wie es denn auch nicht wahrſcheinlich iſt, daß ſie, als ihr Mann den Sack mit den geſtohlnen Sachen zu Hauſe gebracht, das geſetzwidrige Erwerbungsmittel nicht gemerkt haben ſollte. Da jedoch bis jetzt kein Beweis einer wirklichen Theilnehmung an dem Diebſtahle ihres Mannes ſich aus den Acten ergiebt, und ſie alſo auch in keine Strafe verurtheilet werden kann:

So hat überall ſo, wie geſchehen iſt, erkannt werden müſſen.

XXXVI.

1) In welchen Münzsorten sind die selten wiederkommenden öffentlichen Lasten zu entrichten?
2) Ueber die rechtliche Wirkung einer besonders merkwürdigen Quitung.

Nach Cöthen an die Löbl. Anhaltische Landschaft.

Als der Herr uns einen Band landschaftlicher Acten, den von Sr. Hochfürstlichen Durchlaucht, dem Herrn Fürsten Christian Günther zu Schwarzburg-Sondershausen, wegen 10000 Rthlr. im Jahr 1760. an Sr. Durchl. Frau Gemahlin Charlotte Wilhelmine gezahlter Ehe- und Schmuckgelder geforderten Nachschuß betreffend, nebst einer Frage zugesendet ꝛc. —

Ihro Hochfürstl. Durchl. die Hochselige Frau Charlotte Wilhelmine, Fürstin von Schwarzburg-Sondershausen, sollte von E. L. Anhaltischen Landschaft 15000 Rthlr. an Ehe- und Schmuckgeldern empfangen.

In den Landtagsabschieden von 1624. 1653. und 1698. ist zwar die Verbindlichkeit der Landschaft zu Zahlung dieser Summe als Ehesteuer für die Durchlauchtigsten Prinzessinnen des regierenden Hauses, aber nicht die Münzsorten, in welchen sie entrichtet werden soll, bestimmt; diese aber auf die Tranksteuer und Quartgelder angewiesen worden.

Im J. 1760. waren auch in den Anhaltischen Landen die damaligen schlechten Münzsorten im Gange,

und

und die landesherrlichen Abgaben, besonders die Trankſteuer, kamen in dieſen Münzſorten zur Caſſe.

Daher kam es, daß am 15 März in eben dieſem Jahre diejenigen 10000 Rthlr., welche auf Abſchlag der vorgedachten 15000 Rthlr. entrichtet werden ſollten, und von der Hochfürſtl. Anhalt-Bernburgiſchen Cammer waren vorgeſchoſſen worden, in eben dieſen ſchlechten Münzſorten abgeführet wurden.

In der an eben dieſem Tage von dem Durchlauchtigſten Ehepaar ausgeſtellten Quitung ſind folgende Worte enthalten:

„So quitiren Sr. Gnaden wir über den „richtigen Empfang hiemit in beſter Form Rechtens, und begeben Uns dagegen für Uns und Unſere Erben wegen dieſer Ausſtattungs- und Ehegelder aller ferneren An- und Zuſprüche, wie ſie „immer Namen haben mögen, auf das rechtsbeſtändigſte, tam in genere quam in ſpecie, wollen auch, wenn die Landſchaft Sr. Gnaden die „an Uns vorgeſchoſſene Gelder wird reſtituirt haben, „die deshalb für die Landſchaft benöthigte beſondere „Quitung darüber auf Verlangen ertheilen, und „Uns davon ſo wenig, als von dem, was ſonſt dem „Herkommen gemäß, im geringſten ausſchließen.

Auf die von der Hochfürſtl. Cammer vorgeſchoſſenen 10000 Rthlr. hat der Landrentmeiſter Hallmann in den Jahren 1760 und 1762. 5638 Rthlr. 3 Gr. in damaligen Münzſorten abgeführet, und der Reſt dieſes Vorſchuſſes iſt von dem Landrentmeiſter Spiegel in gutem Gelde entrichtet worden.

Demohngeachtet erfolgte die der Landſchaft zu ertheilende Quitung von Seiten des Durchlauchtigſten Ehepaars erſt am 2ten October 1769, als

bereits

bereits die ganze Summe der Ehe- und Schmuckgelder nebst den Zinsen der späterhin nachgezahlten 5000 Rthlr. abgeführt war.

Diese Quitung aber enthält folgende Clausel:

> Nachdem aber diese 10000 Rthlr. in solchen geringhaltigen Münzsorten, wie sie zur Zeit der geschehenen Zahlung coursirten, bestanden haben; Als wollen Wir, wie wir bereits vorhin declariret, den schuldigen Nachtrag und Vergütung auf mehrgedachte Summe bis zur Erfüllung des Werths in gutem vollwichtigen Golde benebst dem Interesse morae davon Uns nochmals ausdrücklich reserviren, und haben unter solchem Vorbehalt diese abschlägliche Quitung durch Unsere eigenhändige Unterschrift und beygedrucktes Fürstl. Siegel vollzogen.

Obgleich diese Clausel die Worte enthält:

> wie wir bereits vorhin declariret;

so ist doch der löblichen Landschaft von einer solchen Erklärung vorher nichts bekannt geworden, und sie war eben damit beschäfftiget, der Durchlauchtigsten Frau Fürstin deshalb geziemende Vorstellung zu thun, als unter dem 16ten Jan. 1770. von Hochfürstlich-Schwarzburg-Sondershausischer Seite eine Nachschuß-Forderung von 4062 Rthlr. 17 Gr. 7 pf. bei Sr. Durchlaucht dem Herrn Senior des Fürstl. Anhaltischen Hauses angebracht wurde.

Nachdem die löbliche Landschaft ihre Gründe dagegen angeführt, Se. Durchlaucht Ihre Ansprüche erneuert, und unter dem 3ten December 1770. abermals eine mit Gründen unterstützte abschlägliche Antwort erhalten hatten, ruhete die Sache 20 Jahr hin-

hindurch, bis zum 26sten May 1790, wo diese Ansprüche abermals vorgebracht wurden.

Dadurch ward Eine löbliche Landschaft veranlaßt, der hiesigen Juristen-Facultät nachstehende Fragen zur Erstattung eines rechtlichen Gutachtens vorzulegen:

a) Ob dieselbe verbunden sey, dem Herrn Fürsten von Schwarzburg-Sondershausen wegen derjenigen 10000 Rthlr., welche dessen verstorbene Gemahlin von der Fürstl. Cammer zu Bernburg als Vorschuß der löblichen Landschaft auf die Ehe- und Schmuckgelder der verstorbenen Frau Fürstin am 15ten März 1760. in den damaligen Münzsorten ausgezahlt erhalten hat, den verlangten Nachschuß samt Zinsen zu ersetzen? und wenn dieses ist, ob

b) die löbl. Landschaft den verlangten Nachschuß und Zinsen von der ganzen Summe der 10000 Rthlr., oder da dieselbe der Fürstl. Cammer in Bernburg die für dieselbe vorgeschossenen 10000 Rthl. mit 5638 Rthl. 3 Gr. im schlechten, 4361 Rthl. 21 Gr. im guten Gelde wieder erstattet, nur von 5638 Rthlr. 3 Gr. zu entrichten habe, und der Herr Fürst wegen der übrigen 4361 Rthlr. 21 Gr. an die Fürstl. Cammer in Bernburg zu weisen sey. Im Fall aber E. löbl. Landschaft zu keinem von beiden verbunden;

c) Was für Exceptionen derselben, gegen eine von dem Herrn Fürsten zu Schwarzburg-Sondershausen wider die Landschaft anzustellende Klage, zustehen, und wie diese zu elidiren sey?

Was

Was die zuerst aufgeführte Frage betrifft: so hängt deren Beantwortung von der Entscheidung folgender Fragen ab:

1) In welcher Münzsorte hätten die in Frage stehenden 10000 Rthl. bezahlt werden sollen?
2) Ist, wenn auch eine Verbindlichkeit zur Zahlung in bessern Münzsorten vorhanden gewesen wäre, diese Verbindlichkeit nicht durch die Quitung und Verzichtsleistung vom 15 May 1760. getilget?

Was nun erstlich die Frage anlangt:

in welchen Münzsorten die Zahlung hätte geleistet werden sollen?

so scheint es zwar, als hätte die Zahlung in Reichs- und Kreisgesetzmäßiger Münze erfolgen sollen. Allein zu der Zeit, als die Zahlung geschah, ermangelte es an einem solchen allgemein verbindlichen Münzfuße.

Denn nach den im Jahr 1749. erschienenen Graumannischen Schreiben, die deutsche und andrer Völker Münzverfassung betreffend, gingen selbst die ersten Urheber des leipziger Münzfußes von demselben ab, weil sie das in demselben angenommene Verhältniß des Werthes des Goldes und Silbers für nachtheilig hielten.

Es schadet nichts, daß zu der Zeit, als die Zahlung geschah, auch noch einige bessere Münzsorten in Deutschland den Umlauf hatten; diese waren wenigstens in dem Anhältischen nicht gangbar, wie daraus zu entnehmen ist, daß auch die landesherrlichen Abgaben in schlechtern Münzsorten angenommen wurden. Hierzu kommt noch l. 75. ff. de legatis 3. wo ausdrücklich gesagt wird:

Nummis indistincte legatis, hoc receptum est, ut exiguiores legati videantur.

Nun

Nun könnte zwar eingewendet werden, daß auf die zur Zeit des Instruments gangbaren Münzsorten gesehen werden müsse. Allein dieser Zweifel trifft die jetzt aufgeworfene Frage nicht. Von Hochfürstl. Schwarzburg-Sondershausischer Seite fordert man die Zahlung nicht nach dem Münzfuße, wie er zu der Zeit stand, als zuerst die Prinzessinsteuer von den Ständen bewilliget wurde, sondern man will mit der zur Zeit der Zahlung in Deutschland gangbaren schwereren Münzsorte zufrieden seyn. Allein vorausgesetzt, daß auf das zu einer gewissen Zeit gangbare Geld zu sehen sey, ist es keinem Zweifel unterworfen, daß l. 75. ff. de legatis 3. den Zahler berechtige, die zu der Zahlungszeit gangbare schlechtere Münzsorte zu geben. Ja wenn man auch wider die auf die Münzsorten sich ganz besonders beziehende klare Vorschrift des oben angeführten Gesetzes aus l. 37. D. de leg. 1. einen immer sehr unsichern Schluß von dem legato hominis auf das legatum pecuniae machen wollte: so würde doch auch alsdenn die schlechte Münzsorte, in welcher die Zahlung geschehen ist, nicht als eine ungewöhnlich schlechte angesehen werden können, da sie sogar in den landesherrlichen Cassen angenommen wurde, Wenn aber auch hierüber noch einiges Bedenken obwalten könnte: so würde dieses doch dadurch gehoben, daß die gedachten Ehe- und Schmuckgelder ausdrücklich auf die Tranksteuer angewiesen waren, diese aber eben so, wie die übrigen landesherrlichen Gefälle, in eben den schlechten Münzsorten, in welchen die hier in Frage stehende Zahlung geschehen, entrichtet worden *).

Hier-

*) Der Satz, daß die Geldzahlungen in den Münzsorten entrichtet werden müßten, welche zu der Zeit, da

Hierbei ist denn auch der Umstand nicht aus der Acht zu lassen, daß zu der Zeit, als die Zahlung da die Schuld entstand, im Gange waren, wird nie auf die von den Unterthanen dem Landesherrn zu entrichtenden Lasten angewendet. Dies leidet bei Staaten, welche selbst Münzen schlagen, keinen Zweifel, weil sie sonst das Münzregal zur Hintergehung des Publici mißbrauchen und ihre Schuld eigenmächtig herabsetzen würden. Dieses kann man ihnen nicht vorwerfen, wenn sie das, was sie ihren Unterthanen auszuzahlen haben, in eben der schlechten Münzsorte annehmen. Hierzu kommt noch, daß es nicht möglich ist, dergleichen Zahlungen so zu verzinsen, daß nicht mehr oder weniger gegeben werde, als die Münzsorten, welche einmal im Gange waren, nicht nur an Gold oder Silber enthielten, sondern in Vergleichung mit dem Werthe der Dinge galten.

Auch bei den übrigen Staaten, welche selbst keine Münzen schlagen, kann aus gleichem Grunde auch nur auf die Münzsorten, welche sie als vollgültig in ihre Cassen annehmen und ausgeben, gesehen werden.

Ueberhaupt hat das Publicum, wo andere Gründe mangeln, keine andere Bestimmung der Zahlungsverbindlichkeit, als die cassenmäßigen Münzsorten. Deswegen hat auch das Preußische Gesetzbuch P. VII. T. II. §. 482. angenommen, daß die Grundzinsen der Gutsunterthanen in denjenigen Münzsorten bezahlt und angenommen werden sollen, in welchen der Unterthan die öffentlichen Abgaben zu entrichten hat. Damit aber durch Einführung leichterer Münzsorten die Rechte der Gutsherrschaft nicht allzusehr gemindert werden möchten, ist im §. 483. die gegenwärtige Münzsorte zur Richtschnur gesetzt worden.

Ueberhaupt wäre es wohl zuträglich, bei allen solchen Abgaben durch Verträge oder Gesetze ein kritisches Jahr anzunehmen, und den Münzfuß, in welchem Lasten dieser Art künftig entrichtet werden sollen, fest zu bestimmen. Ein Vorschlag, der freylich in vielen Fällen nicht geringen Schwierigkeiten unterworfen ist.

lung geschah, jene schlechten Münzsorten höher, als nach ihrem innern Werthe zu erwarten war, benutzt werden konnten, und daß daher selbst bei Darlehnen nicht blos auf jenen innern Werth, sondern vorzüglich auf ihr Verhältniß gegen den Preiß der andern Dinge gesehen werden müsse.

Dietze, wie ist eine Geldschuld abzutragen? §. 168.

Offenbar ist es aber, daß das an sich schlechte Geld dadurch einen höhern Werth erhält, wenn es eben so, wie vorher das bessere, zu Bestreitung solcher Ausgaben, welche man mit allen Einwohnern einer ganzen Provinz gemein hat, gebraucht werden kann, als wohin die Landesherrlichen Abgaben ohne Zweifel gehören.

Hiernach ist es also keinem Zweifel unterworfen, daß die erste Frage dahin zu entscheiden sey:

daß löbliche Anhaltische Stände berechtigt gewesen, die im Jahr 1760. fällige Zahlung der Ehe- und Schmuckgelder in den damaligen cassenmäßigen, obgleich schlechten Münzsorten zu leisten.

Wollte man aber auch in Ansehung der ersten Frage noch einige Zweifel erregen: so würde doch die Beantwortung derselben durch die Entscheidung der zweyten Frage überflüssig gemacht.

Diese Frage lautet so:

„Ist, wenn auch eine Verbindlichkeit zur Zahlung in bessern Münzsorten vorhanden gewesen wäre, diese Verbindlichkeit nicht durch die Quitung und Verzichtsleistung vom 15ten März getilgt?„

Hierbei tritt zuerst der Grundsatz ein:

daß die Annahme der Zahlung in schlechten Münzsorten, schon an sich betrachtet, die Nachforderung der bessern ausschließe;

Viliores nummos accipiens, cum meliores deberentur, nequidem, si ultra alterum tantum laesus sit, actionem habet.

Car. Ferd. Hommel Rhapsod. T. I. Obs. V. CCXXI. CCXXII.
Carpzov. Def. P. II. c. 28. d. 10.

Wenn daher weiter nichts bekannt war, als daß diese 10000 Rthlr. für volle 10000 angenommen worden, so würde die Nachforderung des Aufgeldes schon deßwegen unzulässig seyn. Erwägt man nun, daß über diese 10000 Rthlr. ohne allen Vorbehalt als eine ganz richtig geschehene Zahlung quittiret und eine ausdrückliche Entsagung auf alle fernere An- und Zusprüche, wie sie immer Namen haben mögen, beigefügt worden: so kann man wohl nicht zweifeln, daß alle Ansprüche auf bessere Münzsorten, wenn sie auch vorher existiret hätten, nunmehr für getilgt zu achten sind.

Diese Quittung ist auch nicht binnen der gesetzlichen 30tägigen Frist widerrufen, sondern das Aufgeld ist erst nach vielen Jahren nachgefordert worden.

Nun gewinnt es zwar das Ansehen, als stünden dieser Quittung folgende Einwendungen entgegen:

1) daß die Quittung als ein zwischen der Hochfürstl. Anhalt-Bernburgischen Rentkammer und dem Durchlauchtigsten Ehepaar abgemachtes Geschäfft der Löblichen Landschaft nicht zu statten kommen könne;

2) daß der der Löbl. Landschaft erst künftig zu ertheilenden Quittung in dem mehrmals gedachten Instrumente ausdrücklich erwähnt worden;

3) daß

3) daß durch Annahme der 10000 Rthlr. nicht die ganze Schuld getilgt worden, weil noch 5000 Rthlr. im Rückstand verblieben wären, und daß erst bei Abzahlung dieses Restes die rechte Zeit gewesen sey, das Fehlende in Rechnung zu bringen.

In Ansehung des ersten Einwandes ist zu bemerken, daß auch die Geschäffte eines andern nützlich besorgt werden können. Diese Absicht muß bei der Hochfürstl. Cammer allerdings vorausgesetzt werden. Diese hat sich durch die Besorgung der Zahlung und der Annahme der dagegen ertheilten Quittung das Recht erworben, von den hohen Empfangnehmern zu fordern, daß Höchstdieselben in Ansehung dieser 10000 Rthlr. die löbliche Anhaltische Landschaft aus der Schuldverbindung lassen sollen. Hierdurch hat die Cammer das landesherrliche Interesse, welches, wohl verstanden, immer mit dem Interesse der Stände zusammenstimmt, auf das beste besorgt. Wenn aber auch hier kein solches gemeinschaftliches Interesse vorhanden wäre: so würde doch jeder Fremde auf gleiche Weise das Beste der Stände haben besorgen können, weil die Zahlungen, welche ein Dritter dem Gläubiger für den Schuldner leistet, in Rücksicht der dadurch zwischen dem Gläubiger und Schuldner aufgehobenen Verbindlichkeit eben so anzusehen sind, als ob sie von dem letztern selbst wären bewerkstelliget worden. Denn

l. 23. ff. de Solut.

sagt ausdrücklich:

Solutione vel judicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

Nun scheint es zwar, als ob

2) der löblichen Landschaft der Umstand entgegenstehe, daß in eben dieser Quittung noch der den Ständen besonders zu ertheilenden Quittung gedacht wird. Allein dieses Bedenken hebt sich, sobald man erwägt, daß die Quittungsaussteller sich zu dieser Quittung ohne allen Vorbehalt ausdrücklich verbindlich machen. So wie der Lehnbrief dem Lehnscontracte gemäß, so mußte die der löblichen Landschaft zu ertheilende Quittung dem zwischen dem Quittungsaussteller und der Hochfürstl. Cammer getroffenen Abkommen gemäß gefaßt werden.

Hierzu kommt noch, daß eben deswegen, weil durch die im Jahr 1760. ertheilte Quittung ein allein zwischen dem Durchlauchtigen Ehepaar und der Hochfürstl. Anhalt-Bernburgischen Cammer betriebenes Geschäffte abgemacht worden, dasselbe deswegen nicht für unvollendet geachtet werden kann, weil noch einer der löblichen Landschaft besonders zu ertheilenden Quittung gedacht worden. Es versteht sich nemlich von selbst, daß diese Quittung dem durch jene erstere Handlung schon erworbenen Rechte gemäß ausgestellet werden mußte.

Es ist also nur noch der Einwand zu heben, als ob

3) das ganze Geschäfft noch unvollendet gewesen wäre, weil ohnedies noch 5000 Rthlr. nachgezahlt werden mußten, welche auch nachher wirklich in gutem Gelde gezahlt worden sind.

Dies Bedenken würde einige Rücksicht verdienen, wenn nicht ausdrücklich über eine Summe von 10000 Rthlr. quittirt worden wäre; da aber die mehrmals erwähnte Quittung vom Jahr 1760. deutlich zu erkennen giebt, daß damals zufolge der Hochfürstlichen Ehepacten nicht mehr als 10000 Rthlr.

Rthlr. gezahlt werden sollen, über das aber, was zu der gedachten Zeit fällig war, vollkommen Quittung und Verzicht geleistet worden: so kann der Gedanke nicht stattfinden, als ob diese 10000 Rthl. schlechtes Geld nur indessen mit Vorbehalt einer nähern Berechnung angenommen worden; vielmehr wird aus allen diesen Umständen klar, daß eine Summe von 10000 Rthlr. als richtig gezahlt angesehen werden müsse.

Unbedeutend ist der Einwurf, als ob die Quittung von 1760. der Fürstl. Schwarzburg-Sondershausischen nicht entgegenstehe, weil sie als eine allgemeine Verzicht ohne Wirkung sey. Schon die bloße Annahme der Zahlung ohne Vorbehalt steht dieser Forderung entgegen, und noch mehr die gedachte Quittung, welche deutlich zu erkennen giebt, daß diese Post für abgemacht geachtet werden solle.

Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Einwande, als ob die nachherige Aufhebung der sich auf die während des siebenjährigen Krieges im Umlauf befindlichen schlechten Münzsorten beziehenden Vergleiche dieser Quittung entgegenstehe, da hier von keinem Versprechen einer künftigen, sondern von einer schon geleisteten Zahlung die Rede ist.

Noch weniger aber kann der bloße Vorbehalt in der letzten Quittung das durch die erste schon erworbene Recht entkräften, da bloße Reservationen einem andern kein Recht geben können, was er zur Zeit des Vorbehalts nicht mehr besitzt, oder nie gehabt hat *).

*) Da die Beantwortung der 2ten und 3ten Hauptfrage sich theils aus dem Vorhergehenden ergiebt, theils an sich nichts enthält, was dem Publico vorgelegt zu werden verdient hätte, so ist auch zu Ersparung des Raums das Uebrige hinweggelassen worden.

XXXVII.

Eine lange Zeit den Amtsvorfahren gleichförmig ausgezahlte Gehaltszulage ist im Mangel näherer Bestimmungen als ein Theil des Gehalts anzusehen, worauf der Nachfolger berufen wird, wofern nicht erhellt, daß die Zulage als ein von der Willkühr des Zahlenden abhängiges Geschenk gegeben worden.

Nach Stade an das Consistorium das.

Diesen Satz billigte die Facultät, als sie im Julius 1793. in Sachen des Kirchen-Juraten Johann Kolster für sich und Namens der gesammten Eingesessenen der Gemeinde zu Hollern, Bekl. und Supplicanten, an einem, wider den dasigen Organisten und Küster, Heinrich Gustav Schmieth, Klägern und Supplicaten, am andern Theile, erkannte.

Die hieher gehörigen Gründe waren folgende.

In Ansehung der Sache selbst ergiebt sich aus dem Zeugnisse des Pastoris Cülmann, daß die streitigen 18 Mark mit dem Jahre 1738 bis Michaelis 1789 ununterbrochen an den Kläger und dessen Vorfahren im Amte ausgezahlet worden. Daß dies aus Schuldigkeit geschehen sey, muß nicht nur aus einer so langwierigen und gleichförmigen Zahlung vermuthet werden, sondern es ergiebt sich auch aus dem in eben diesem Zeugnisse angegebenen Ursprunge dieser Gehaltszulage.

Denn

Denn bei affirmativen Rechten genügt der Gebrauch des Rechts von der einen, und das Dulden von der andern Seite.

L. 10. princ. si servitus vindic.

Es scheinet zwar, als müßte auch nach Anleitung eben dieses Gesetzes erwiesen werden, daß die Zahlung nicht precario geleistet worden sey: allein der Beweis, daß etwas nicht bittweise gefordert und geleistet worden sey, ist eine negativa, deren Beweis der Negant zu übernehmen weder schuldig, noch im Stande ist,

Leyser ad ff. Spec. 205. med. 2. et 3.

zumal da hier nicht von einer in der negativa versteckten affirmativa, noch von einer solchen, welcher eine rechtliche Vermuthung entgegensteht, die Rede ist.

L. 1. C. de prob.

Vielmehr ist anzunehmen, daß eine 50 Jahre lang gleichförmig ausgezahlte Gehaltszulage ex opinione necessitatis gezahlet worden, welches hier, wo auch ein rechtlicher Grund dieser Zulage mit Wahrscheinlichkeit erhellet, um so mehr vorausgesetzt werden muß. Hieran läßt sich um so weniger zweifeln, da eine 10jährige gleichförmige Interessenzahlung sogar die Verbindlichkeit zu Zahlung des Capitals begründet.

L. 6. pr. C. de usur.
Leyser ad ff. Spec. 243. med. 8.
Hommel Rhapsod. Obs. 221.

Nun scheint es zwar, als ob die Auszahlung der Gehaltszulage nicht gleichförmig geschehen wäre. Allein dasselbe Document, welches eine Unterbrechung dieser gleichförmigen Zahlung zu bekunden scheint, entfernt auch die widrigen Vermuthungen, welche daraus entstehen könnten.

Bei dieser Lage der Sache konnte also zum Vortheil der Supplicanten ein mehreres nicht geschehen, als daß ihnen, wie bereits in Sententia a qua erkannt ist, der Beweis ihrer Behauptung, daß die Zahlung aus bloßer Gnade erfolget sey, offen gelassen wurde.

XXXVIII.

Ueber das Mühlenrecht.

Nach Osnabrück an die Land- und Justiz-Canzley daselbst.

In dem nachstehenden Falle hatte der Implorant behauptet, daß zur Anlegung einer neuen Mühle nach besonderm Rechte der Osnabrückschen Lande außer dem landesherrlichen Consens auch die Einwilligung der Nachbaren, welchen wegen der ihnen nachtheiligen Folgen rechtlicher Widerspruch zustehe, erforderlich sey. Implorant wurde aber mit seinen gegen die Verordnung, worin dem Imploraten, seines vormaligen Widerspruchs ohngeachtet, die Anlegung einer neuen Oehlmühle von Fürstbischöflicher Landesregierung war concedirt worden, gerichteten Beschwerden abgewiesen, Beklagter von der wider ihn angestellten Klage entbunden, und Kläger zum Kosten-Ersatz dieses Rechtsstreits verurtheilt. Doch wurde Imploranten der Gegenbeweis:

daß in den Osnabrückischen Landen außer der Fürstbischöflichen Bewilligung auch noch die Einwilligung der Nachbaren zu Anlegung neuer Mühlen erforderlich ist, und daß bei deren Er-

Ermangelung die Nachbaren blos wegen des Abganges freywilliger Mahlgäste zum Widerspruch berechtiget sind;

binnen Ordnungsfrist vorbehalten.

Gründe.

Denn Kläger hatte seinen Widerspruch gegen die vom Beklagten angelegte Oehlmühle allein dadurch begründet, daß er sich auf den Schaden, welchen die privilegirten Mühlen in der umliegenden Gegend davon zu erwarten hätten, berief, ohne irgend einen andern Nachtheil anführen zu können, als denjenigen, welcher bei vermehrter Anzahl der Mühlen aus der größern Concurrenz entsteht. Hierdurch war nun zwar eine Verordnung bewirkt, daß Beklagter sich des Gebrauchs der neu angelegten Mühle enthalten sollte. Als aber Beklagter seine Einwendungen dagegen einreichte, und die erhaltene Fürstbischöfliche Osnabrückische Concession beilegte, wurde dieses Verbot wieder aufgehoben.

Gegen diesen Bescheid hatte nun zwar Implorant eine Beschwerdeführung beigebracht, auch solche zu rechtfertigen gesucht, es waren aber die von ihm angeführten Gründe nicht so beschaffen, daß dadurch eine Abänderung dieses Bescheides bewirkt werden konnte; vielmehr war es klar, daß er mit seiner Klage gänzlich abgewiesen werden müsse, wofern er den ihm nachgelassenen Beweis zu führen nicht vermöchte. Denn was erstlich seine in der Beschwerdeführung aufgestellte Behauptung anbelangt, daß die Anlegung neuer Mühlen nicht unter die jedem Eigenthümer zustehenden freyen Befugnisse gehöre, so fehlet es zwar nicht an Rechtsleh-

rern, welche behaupten, daß in Deutschland dazu die Einwilligung des Landesherrn erfordert werde.

Stryk de jure prohibendi exstructionem molendini §. 9—12.
Idem in Us. Mod. ff. L. 43. Tit. 13. §. 4.
Harprecht Consil. LXVIII. no. 208.
Schilter Exercit. 45. th. 87.

Allein es ist an sich keinem Zweifel unterworfen, daß nach gemeinem Rechte die Befugniß, neue Mühlen anzulegen, nicht mehr als jedes andere Recht eingeschränkt sey, und also unter die sogenannten res merae facultatis gehöre;

Leyser ad ff. Spec. 426. med. 8.
Joh. Th. Müller Diss. de jurib. molendinor. §. 20.
Strubens rechtliche Bedenken, Band 2. Bed. 48.
Reinhardt de eo, quod circa molendinor. exstructionem justum est. §. 25. sq.
Pufendorf in Obs. Jur. univ. T. II. Obs. 45. §. 1. p. 200.

und es würde der Landesherr, welcher diese Freyheit einschränken wollte, schuldig seyn, diese Befugniß näher nachzuweisen.

Strube in Vind. Jur. venandi §. 1.
Reinhardt l. c.

Ist nun das Recht, Mühlen anzulegen, eine res merae facultatis, so kann es nur so weit eingeschränkt seyn, als es in aemulationem, d. i. blos zum Schaden des Nachbars, geschieht; ja wenn man auch auf anderweitigen Schaden, welcher nicht aus bloßer Schadenfreude verursacht würde, Rücksicht nehmen wollte, so würde doch dies im äußersten Falle nur von einem positiven Schaden behauptet werden können,

Reinhardt l. c. §. 16. sq.
Pufendorf l. c. §. 3. p. 202.

wel-

welches selbst von denjenigen anerkannt wird, welche die landesherrliche Concession zur Erbauung neuer Mühlen erfordern.

Stryk in Diss. cit. c. 2. §. 8. sq.

Wenn daher gleich die dem Beklagten ertheilte Concession nur salvo jure Sereniſſimi et cujuscunque tertii war ausgefertiget worden: so bezieht sich dieser Vorbehalt nur auf das etwanige jus bannarium und auf einen solchen Schaden, welcher dem Rechte nach die Anlegung einer neuen Mühle hindern würde, keinesweges aber auf bloßen entzogenen Gewinn.

In dieser Concession wurde auch eines vorher eingegangenen Berichts des Beamten erwähnt, woraus sich die rechtliche Vermuthung ergab, daß die Concession nicht der Landesverfassung zuwider ertheilt, und dabei die Rechte der Nachbarn beeinträchtiget worden. Weil indessen Kläger beharrlich behauptete, daß nach dem besondern Rechte der Osnabrückischen Lande die Nachbarn wegen eines jeden Nachtheils zum Widerspruch gegen die Erbauung neuer Mühlen berechtiget wären; so mußte ihm darüber der Beweis nachgelassen werden. Er war jedoch schuldig, die Last dieses Beweises zu übernehmen, da ihm nicht nur das gemeine Recht entgegenstand, sondern auch die zu Unterstützung seiner Behauptungen angeführten Schriftsteller das von ihm behauptete Recht der Nachbarn in den Osnabrückischen Landen nicht beweisen. Denn wenn gleich ein achtungswürdiger vaterländischer Schriftsteller

Mösers Patriotische Phant. B. 2. n. 71.

es für billig zu halten scheint, daß neue Mühlen nicht zum Nachtheil der alten angelegt werden: so er-

erhellet doch aus eben diesem Aufsatze, daß er davon gar nicht als von einem in den Osnabrückischen Landen oder sonst schon bestehenden Rechte redet, vielmehr ergiebt sich das Gegentheil aus den Worten:

> die Richter würden freylich, wenn eine solche Sache für sie gebracht würde, nach andern Gründen entscheiden müssen ꝛc. —

Was nun aber die von dem Kläger angeführte Kramersche Dissertation

> De jure Principis circa molas in terris episcopat. Osnabr. §. 4. S. 4.

betrifft, so ergiebt sich bei einer nähern Erwägung ihres Inhalts, daß die Absicht dieses Schriftstellers eigentlich nur dahin gehe, aus Beispielen zu zeigen, wie die Osnabrückischen Bischöfe sich in dem Besitze des Rechts befinden, die Erlaubniß zu Anlegung neuer Mühlen zu ertheilen. Denn dies ist es, was §. 3. ausdrücklich sagt, und was im §. 4. durch Beispiele erläutert wird. Dies ist aber dem Rechte des Beklagten so wenig zuwider, daß dadurch vielmehr dessen Befugniß, welche sich auf eine landesherrliche Concession gründet, bestärkt wird.

XXXIX.

1) Der R. A. von 1654 hat keine doppelte, und also keine neue Art der Nichtigkeitsquerel wider Erkenntnisse eingeführet.
2) Er hat auch zur Begründung dieses Rechtsmittels keinen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten gemacht: sondern
3) dieser Unterschied ist eine von den Gesetzen nie gebilligte Erfindung der Praktiker des funfzehnten Jahrhunderts, welche
4) die im gemeinen Rechte bestimmte dreyßigjährige Verjährungszeit dieses Rechtsmittels, wenige Fälle ausgenommen, auf zehen Tage zu verkürzen, die Reichgesetzgeber bewogen hat. Sie kann daher
5) gegen ein Erkenntniß angestellet werden, das contra jus in thesi gesprochen worden, dergleichen auch
6) ein solches ist, das dem den Beweis der natürlichen Freyheit auflegt, dem dessen Gegner derselben Besitz zugestanden hat.

Erkenntniß.

An die Regierung zu Wisbaden.

Als die Herren uns eingewandtes Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen der Gemeinden Bierstadt

stadt und Auringen, Klägern, Appellaten und Revisen, nun Imploranten, an einem, wider die Gemeinde Kloppenheim, Beklagte, Appellanten und Revidenten, nun Imploraten, am andern Theile, zugesendet ꝛc.

Daß mit völliger Aufhebung des am 15ten Jul. 1793. eröffneten Erkenntnisses, das am 12ten März 1792. erkannte Decretum denegatorium sowohl, als auch das darin bestättigte am 15ten Sept. 1791. eröffnete Erkenntniß in seinem ganzen Umfange wiederherzustellen. V. R. W.

Gründe.

Imploraten stehen zuvörderst

I) in der Meinung, daß das von den Imploranten eingewandte Rechtsmittel für zulässig nicht zu achten, und beziehen sich deshalb auf die Verordnung des Hochfürstlichen Canzleyreglements:

> An Unser Hofgericht sollen alle Appellationes von den Aemtern gebracht und daselbst in zweyter Instanz verhandelt und entschieden, sofort, wenn auch mit dessen Ausspruch sich nicht befriediget, und ein Remedium dagegen anderweit ergriffen werden wollte, in causis, wo summa appellabilis vorhanden, jenes Remedium, so loco appellationis eingewendet worden, ohne Renunciation auf die Appellation nicht Platz haben.

Allein diese Verordnung ist hier nicht anwendbar. Denn wenn gleich gegenwärtiger Rechtsstreit bereits durch Berufung von einem Unterrichter an dessen Oberrichter in der zweyten Instanz gebracht worden; so treten doch die Voraussetzungen nicht ein, unter denen das Landesgesetz die Entsagung der

Be-

Berufung an die höchsten Reichsgerichte fordert. Der Sinn des Landesgesetzes ist eben so klar, als daß solches von dem Falle redet, wo der Appellant, welcher bereits in der untern Instanz succumbiret, auch in appellatorio succumbiret, mithin zwey unmittelbar auf einander folgende Sentenzen wider sich hat. Wenn sich derselbe in caussis appellabilibus dennoch dabei nicht beruhigen will; so soll er zwar die freye Wahl zwischen der Berufung an die höchsten Reichsgerichte, oder ein anderes suspendirendes Rechtsmittel haben, zu letzterm aber nicht gelassen werden, bevor er nicht der Appellation an die höchsten Reichsgerichte entsagt hat. So wie diese Verordnung dem Geiste der Reichsgesetze, besonders

R. I. Nov. §. 108 — 123.

der Geschichte dieser Reichsgesetzgebung,

von Meiern Regensb. R. T. Acten, 2 Th. 8 B. §. 2. S. 3. sq.

der dabei beabsichtigten Abkürzung der Processe überhaupt, und der Abschneidung des Mißbrauchs, welchen streitsüchtige Parteyen von den Rechtsmitteln machen, insonderheit vollkommen entspricht; so haben Imploraten allerdings Recht, wenn sie behaupten, daß dieses Landesgesetz der strafbaren Rechthaberey solcher Parteyen habe einen Riegel vorschieben wollen, welche des Rechts nicht ersättiget werden können. Als daher mittelst Decrets vom 12ten März 1792. der Imploraten Berufung, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, verworfen ward, trat der Fall der Anwendbarkeit des Canzleyreglements ein; und indem sie das Rechtsmittel der Actenrevision wider dieses Decret, statt der ihnen gleichmäßig offenstehenden Berufung an die Reichsgerichte einlegten; so konnten sie sich nur mittelst

der

der Entsagung dieses ihres Appellationsrechtes des Verdachtes entledigen, daß sie blos aus Rechthaberey loco appellationis das remedium revisionis eingelegt hätten. Vom appellatischen Theile, besonders wenn er, wie Imploranten im vorliegenden Falle, auch in appellatorio unmittelbar ein beifälliges Erkenntniß erhält, läßt sich nicht gedenken, daß er, wenn er, statt sofort die Sache durch Berufung an die höchsten Reichsgerichte zu bringen, gegen das abändernde Erkenntniß in appellatorio, unter Vorbehalt des Remedii ulterioris appellationis, ein anderes zulässiges Suspensiv-Rechtsmittel einlegt, solches in der Absicht gethan habe, das Ende des Rechtsstreits zu verzögern, den Proceß zu verewigen, und seiner Streitsucht ein Opfer zu bringen. Wollte man demnach dieses Gesetz auf die Imploranten anwenden, so würde die so klar vor Augen liegende so preiswürdige Absicht des Gesetzgebers nicht nur gänzlich verkannt, sondern auch den Imploranten die Befugniß entzogen werden, vom ihrem vollen Instanzrechte Gebrauch zu machen.

Wenn ferner die höchsten Reichsgerichte auch contra tres conformes, appellationes annehmen; so beweiset der besondere Grund, warum dieses geschiehet,

de Cramer T. I. Obs. 13. pag. 57.

daß deshalb die Lehre des gemeinen Rechts von der Unzulässigkeit der Berufung wider drey unmittelbar auf einander folgende conforme Erkenntnisse

t. t. C. ne liceat in un. ead. causs.

überhaupt in den deutschen Reichsgesetzen nicht aufgehoben sey, sondern von den Reichsgerichten vielmehr befolget werde. Dadurch offenbaret sich der

Grund,

Grund, welcher den Gesetzgeber bestimmte, in seinem Landesgesetze dem Appellanten, der auch in causſa appellabili in appellatorio ſuccumbiret, die Entsagung der Appellation zur Bedingung zu machen, wenn er sich bei duabus conformibus nicht beruhigen will. Konnte gleich aus bekannten Ursachen, wenn gleich drey übereinstimmende Erkenntnisse vorhanden seyn möchten, die Berufung an die höchsten Reichsgerichte nicht im Landesgesetze verboten werden: so konnte doch die freywillige Entsagung dieses Appellationsrechts darin dem zur Bedingung gemacht werden, welcher wider zwey conforme Urtheile anderer Suspensivrechtsmittel sich bedienen wollte.

Wenn demnach Imploranten bereits duas diverſorum conformes für sich, und nur ein einziges Erkenntniß wider sich hatten; so trat wider sie, wenn sie gegen dieses einzige widrige ein sonst erlaubtes Suspensivrechtsmittel einlegten, dabei sich aber die Berufung an den höchsten Reichsrichter vorbehielten, abermals die Ursach nicht ein, um derentwillen das Canzleyreglement die Entsagung der Appellation erfordert. So verlangt auch das Canzleyreglement nur die Entsagung der Appellation bei einem Remedio, so loco appellationis, mithin wenn ein Rechtsmittel eingelegt wird, dessen Natur die eigenthümliche Beschaffenheit hat, daß gegen die darauf erfolgende Sentenz weiter keine Berufung Statt habe, und es doch von der Willkühr der Partey abhängt, ob sie statt des erwählten Rechtsmittels die Berufung hätte wählen wollen. Bei dem Rechtsmittel, welches Imploranten wider das am 15ten Jul. 1793. eröffnete Erkenntniß zur Hand genommen und fortgesetzet haben, ist aber dieses nicht wahrzunehmen. Es

kann daher dieses von den Imploranten eingelegte Rechtsmittel um so weniger für ein loco appellationis eingelegtes suspendirendes Remedium contra sententiam latam angesehen werden, als die querela nullitatis contra sententiam zwar vermöge der Vorschrift der Reichsgesetze

R. I. N. §. 121. und 122.

wegen der ihr vorgeschriebenen Form den Remediis juris contra sententias beigezählet wird, ob sie schon in Ansehung ihrer Materie unter denselben keine Stelle haben kann.

Dan. Nettelbladt pract. Rechtsgel. §. 935.
Joh. Andr. Hoffmann deutsche Reichs-Prax. §. 805.

Denn einestheils ist eine nichtige Sentenz keine Sentenz; derjenige Richter, welcher nichtiglich gesprochen, ist so anzusehen, als wenn er keinen Ausspruch gethan, und durch einen nichtigen Ausspruch ist der Gerichtsstand der Sache nicht verrückt.

L. 1. C. quand. prov. non sit. nec.
c. 20. X. de sent. et re jud.

In dieser Hinsicht stehet es nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts anderntheils demjenigen, welcher mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein gefälltes Erkenntniß auszukommen sich getrauet, nicht nur frey, seine caussales bei dem Oberrichter in der Art einer Provocation und Supplication, oder bei dem nemlichen Unterrichter agendo oder excipiendo auszuführen, sondern er ist auch deshalb an das sonstige fatale interpositionis so wenig gebunden, daß ihm diese Gesetze zur Ausführung seiner Caussalium nullitatis einen 30jährigen Zeitraum verstatten.

L. 3. C. de praescript. XXX. ann.

So

So kennen auch diese nur genannten gemeinen Rechte drittentheils bei einer wider eine Sentenz gebrauchten Nichtigkeitsquerel den Unterschied der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten nicht, sondern dieser Unterschied ist im 15ten Jahrhundert erst in Deutschland

Gail. lib. I. obs. 127.

von unruhigen und des Rechts nicht zu ersättigenden Parteyen, besonders zur Durchlöcherung der ständischen Privilegiorum de non appellando, zur äußersten Beschwerde des höchsten Kaiserlichen und Reichs-Cammergerichts erfunden worden. Wenn die Streitsucht und Rechthaberey jeden auch nur scheinbaren Rechtsgrund zu einem Nichtigkeitsgrunde machte, und dadurch allmälig den wesentlichen Unterschied verdunkelte, der zwischen die Nichtigkeitsquerel und andere Rechtsmittel eintritt, wenn auch selbst die Reichsgesetzgebung

Ord. Cam. P. 3. tit. 40.

es möglich machte, jedes Erkenntniß der ständischen Gerichte in jeder Sache auf diesem Wege an das höchste Reichsgericht zu bringen;

Ehrenh. Frid. Biedermann d. d. vera sentent. nullit. Lipsi. 1772.

so entstand über den erfundenen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten, oder ob eine gefällte Sententia nulla oder injusta sey, und zwar darum allein viel Disputirens, daß a sententia nulla in 30 Jahren die Klage prosequiret, a sententia iniqua aber intra decendium nur appelliret werden könne.

R. I. N. §. 121.

Dieses machte nun zwar in den Jahren 1653. und 1654. die höchste Reichsgesetzgebung auf diesen Ge-

genstand aufmerksam, allein die Wirkung war, daß in dem erfolgten Reichsgesetze

R. I. N. §. 121. 122.

der Zeitraum der Verjährung der querelae nullitatis contra sententias bekanntlich dergestalt bestimmt ward, daß die 30jährige Verjährungszeit in der Regel verkürzet, und solche bis auf zehen Tage heruntergesetzt;

Rec. all. §. 121.

in dreyen ausgenommenen Fällen aber die vorige beibehalten ward.

Rec. all. §. 122.
Paul Gamf. in comm. ad R. I. N. loc. cit. not. l.

Hierdurch aber ward weder geboten, die querelam nullitatis schlechterdings bei dem Oberrichter in der Art eines devolvirenden Rechtsmittels einzubringen, noch verboten, sie bei dem Unterrichter als ein wirkliches suspendirendes Rechtsmittel oder als eine neue Klage anzubringen, noch ward in Ansehung der Caussalium und der Wirkung einer begründeten binnen gehöriger Frist angebrachten querelae nullitatis contra sententiam in der Disposition des gemeinen römischen und canonischen Rechts etwas geändert. In welchen Fällen daher nach dem römischen und canonischen Rechte die querela nullitatis contra sententiam zulässig ist, und welche Wirkung sie nach diesen Rechten hat, in eben diesen Fällen ist sie auch nach dem Reichsabschiede von 1654. erlaubt, und eben diese Wirkungen erzeugt sie. Und wenn sie auch vermöge dieses Reichsgesetzes in der Regel, bei Strafe, damit ferner nicht gehöret zu werden, binnen zehen Tagen angemeldet, oder in der Sprache dieses Reichsgesetzes, dabei das fatale interponendae observiret werden muß; so stehet es

doch

doch in der freyen Willkühr des Querulanten, ob er ſie als eine beſondere neue Klage, der die exceptio rei judicatae nicht entgengeſetzt werden kann,

arg. L. 5. C. de rec. arb.

oder als ein ordentliches Rechtsmittel weiter ausführen wolle. Wählt er nun, wie itzt Imploranten, das Erſtere; ſo kann die zur Hand genommene querela nullitatis nicht als ein Remedium angeſehen werden, welches loco appellationis eingelegt worden wäre, ob er ſie ſchon, wie bereits bemerket worden, als ein Remedium loco appellationis nicht nur einlegen, ſondern auch mit der Berufung und einem andern devolvirenden oder blos ſuſpendirenden Rechtsmittel verbinden, oder als ein eigenes Rechtsmittel proſequiren kann.

Pütter nova epit. proc. Imp. §. 217.
Joh. Chr. Maier deutſch. weltliches Staatsrecht 3 Th. S. 222.

Wenn Imploranten ferner blos die Geſetzmäßigkeit des am 15ten Jul. 1793. eröffneten Erkenntniſſes angreifen, und keine ſolche unheilbare Nichtigkeit aufſtellen, welche

der R. A. von 1654. §. 122.

erwähnet; ſo erzeugt dieſes keine gegründete Einwendung. Denn es iſt ſo eben bemerket worden, daß der Unterſchied der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeit in dem gemeinen römiſchen und canoniſchen Rechte nicht gegründet, daß er lediglich eine Wirkung der triturae forenſis germanicae aus dem 15ten Jahrhundert, daß das vielfältige darüber entſtandene Diſputiren den höchſten Reichsgeſetzgebern zwar nicht unbekannt geweſen, auf ſie aber nicht weiter gewirkt habe, als in Anſehung der Verjährungszeit, und daß ſolchem Unterſchiede in An-

sehung der Begründung und Wirkung der querelae nullitatis selbst von ihnen keine Kraft beigeleget worden. Daß nun aber gegen eine Sentenz, welche gegen offenbare und unbezweifelte Rechtsgrundsätze, und also contra jus in thesi anstößt, die Nichtigkeitsklage, welche aber freylich, wie auch Imploranten gethan haben, binnen 10 Tagen angemeldet werden muß, zugelassen werden müsse, und daß der Richter, wenn er dem Kläger einen Beweis über Thatsachen auflegt, welche der Beklagte eingeräumt hat, und wenn er den Kläger, der nach der Lage der Acten in dem Rechtsstreite obtiniren muß, dennoch zur Strafe seines temerarii litigii zum Kostenersatz verurtheilet, contra jus in thesi anstoße, kommt mit den Vorschriften klarer Gesetze nicht nur überein;

L. 19. D. de appell.
L. 1. §. 2. D. quae sent. sine appell.
L. 2. 4. 6. 7. C. quand. prov. non est necess.

sondern es hat auch den Beifall der bewährtesten Rechtslehrer erhalten,

Pütter in opusc. num. 8. cap. 2. §. 30. sq.
Idem in nov. epit. proc. Imp. §. 215.
de Pufendorf, Tom. 2. obs. 106.
de Cannegieser in Dec. Cassel. Tom. 4. Dec. 118.

wenn gleich einige ohne befriedigende Gründe das Gegentheil vertheidigen.

Jo. Bernh. Jaup. d. d. privil. de non appelland. S. R. I. statibus §. 6.
Andr. Jos. Schnaubert Erört. der Lehre von heilbarer und unheilbarer Nichtigkeit §. 11.

Geschichtserzählung.

II) Die Sache selbst betreffend, gestehen die Imploraten, daß die Gemeinden Auringen, Bierstädt und Kloppenheim, jede mit einer eigenen Feldge-

gemarkung, die abgerainet und abgesteinet ist, seit unvordenklichen Jahren versehen sind.

Eben dieses behaupten Imploranten, und beide Theile sind 1) darin einig, daß jede der dreyen Gemeinden ihre eigene Gemarkung habe, aber kein Theil hat behauptet, daß unter den Gliedern dieser dreyen Gemeinden eine Gemeinschaft des Nachbar- oder Bauerrechts eintrete. Nothwendig ist daher ein Mitglied der einen Dorfgemeinde in Ansehung der andern beiden ein Ausbänniger. Es ist aber nach deutscher Verfassung eine Dorfgemarkung oder Dorfflur der ganze District, auf welchem einer Bauergemeinde, als Corporation betrachtet, gewisse Befugnisse zustehen, welche zwar zusammen das Bauer- und Flurrecht ausmachen, obschon deren einzelne Bestandtheile von sehr abweichender Art sind.

Jo. Schilter ad Pand. Exc. 20. §. 16.

Aber es widerspricht der Flurverfassung nicht, daß ein einzelner Ausbänniger, oder eine ganze ausbännige Commüne, in einer fremden Dorfflur einzelne Stücke und ganze beträchtliche Theile der Flur an sich gebracht, ohne daß dadurch die Dorfflur in ihrem Umfange vermindert, oder die Gemeinde an diesen Stücken ihre dorfrechtlichen Befugnisse verlöhre;

Chr. Ulr. Grupen in obs. rei agrar. Germ. obs. 1. §. 4. pag. 19.

oder der ausbännige Besitzer eines solchen Theils ein Mitglied der Gemeinde würde, in deren Flur er einige Stücke erlanget hat. Es sind ferner

2) beide Theile völlig einverstanden, daß nach der alten Nassauischen Landesordnung die Bannlosung zu dem Gemarkungs- und Flurrechte gehöre.

Solches Bannlosungsrecht bestättiget auch eine allgemeine landesherrliche Verordnung dadurch, daß sie, ob sie gleich alle Arten des Abtriebrechts verbietet, doch das jus retractus ex capite vicinitatis s. congrui, ex jure territoriali und incolatus beibehalten wissen will. Sie verordnet nemlich im 10ten §phen:

> Soviel den Retract ex jure incolatus oder das Bannlosungsrecht betrifft, soll einem jeden sonst zur Acquisition liegender Güter fähigen Einwohner des Orts, in dessen Gemarkung das verkaufte Stück gelegen, er sey Nebenläger, oder Anstößer, oder keines von beiden, einen ausbännigen Käufer, wenn auch dieser gleich selbst schon mehrere Güter in derselben Gemarkung, ja sogar ein neben dem gekauften liegendes oder auf dasselbe anstoßendes Stück im Besitz hätte, abzutreiben freygelassen, einem Ausbännigen aber, wenn er auch gleich Nebenläger oder Anstößer eines verkauften Stücks wäre, der Abtrieb gegen einen in dem Orte wohnenden Käufer nicht erlaubt seyn.

Beide Theile stimmen

3) darin ein, daß unter diesen dreyen Feldgemarkungen die Flur der Gemeinde Kloppenheim die kleinste im Umfange, und, nach der Behauptung der Imploraten, so klein sey, daß sie den Einwohnern des Dorfs Kloppenheim nicht ihren Unterhalt gewähren würde, wenn diese nicht Gelegenheit hätten, liegende Gründe in den Gemarkungen der anstoßenden Dörfer Auringen und Bierstädt zu erwerben; und daß

4) in einer gewissen Pflege der Gemarkungen der Imploranten die Mitglieder der imploratischen Gemeinde

meinde Kloppenheim Grundstücke besitzen. Dieser Theil der Gemarkung, sowohl der Gemeinde Bierstädt, als auch der Gemeinde Auringen, ist der Ort, auf den der jetzige Streit gehet. Da sich

a) von diesen Streitdistricten der Gemarkungen der Gemeinden Auringen und Bierstädt bei den Acten keine Zeichnungen befinden, so muß man sich darüber mit einer bloßen allgemeinen Vorstellung davon begnügen, und in Ansehung dieser Streitdistricte sind

b) die Parteyen einig, daß sie innerhalb der Flurgränzen resp. der Gemeinde Bierstädt und Auringen belegen sind. Imgleichen sind sie einig, daß

c) in diesen Streitdistricten sowohl Mitglieder der Gemeinde Kloppenheim, als auch der Gemeinden Bierstädt und Auringen, einzelne Stücke besitzen.

d) Wegen dieser Streitdistricte behaupten die Imploranten, in dem Besitz der Uebung des Markloſungsrechts gegen die Imploraten zu seyn, haben deshalb in Possessorio ordinario unter dem 4ten Jan. 1791. das Interdictum utile, uti possidetis angestellet, und die Possessio vel quasi juris retractus ex jure incolatus ist der Gegenstand des jetzigen Rechtsstreits. Es ist aber

e) nicht ausgemittelt, ob alle Mitglieder der streitenden Gemeinden in diesen Streitdistricten Grundstücke besitzen, oder darin Allmanden befindlich sind, welche der einen oder der andern Gemeinde ausschließlich zustehen.

5) Bereits 1773. gerieth die Gemeinde Auringen wegen des Markloſungsrechts in Ansehung des in

ihrer Gemarkung belegenen Streitdistricts bei dem Oberamte Wisbaden in einen petitorischen Rechtsstreit mit der Gemeinde Kloppenheim. Die Sache ward den 22 März, den 5 April und den 28sten Jun. 1773. protocollariter untersucht; die Gemeinde Auringen klagte durch ihren Schultheiß Heller, den Gerichtsmann Ruf und Lieser, und die beklagte Gemeinde Kloppenheim vertheidigte ihre Rechte durch ihren Schultheißen Schaller, den Gerichtsmann Sternberger, und die Gemeindsleute Sternberger und Goßmann. Das Oberamt erkannte am 28sten Jun. 1773:

> daß, bewandten Umständen nach, klagende Gemeinde Auringen die Markloſungs-Gerechtsame bei den in ihrer Gemark verkauften Feldgütern zu exerciren befugt, solchemnach beklagte Kloppenheimer Gemeindsleute, welche die Eingangs-gemeldeten Wiesen erkauft, solche an die Auringer Gemeindsleute, so sich zum Abtrieb gemeldet, abzutreten schuldig seyen:

und jetzt räumen die Imploraten ein, daß gegen dieses Erkenntniß kein Rechtsmittel von ihrer Seite sey eingelegt worden. Ferner stellte

6) die imploratische Gemeinde Kloppenheim in einer am 22sten Nov. 1781. bei dem Landesherrn unmittelbar eingereichten, und von Diesem an das Hofgericht zur Bescheidung zurückgewiesenen Bittschrift vor, daß die Uebung der Bannloſung der Gemeinden Auringen und Bierstädt wegen der in den Streitdistricten belegenen Grundstücke gegen die erwerbenden Kloppenheimer Eingesessenen, dieser Gemeinde Kloppenheim den gänzlichen Untergang drohe, indem diese in Gefahr sey, daß sie

durch

durch solchen Abtrieb allmälig aus den Streitdistricten gänzlich würde verdränget werden, und an den nöthigen Ackergründen einen völligen Mangel haben würde. Sie bat, aus landesherrlicher Machtvollkommenheit zu verordnen,

daß die beiden Gemeinden Auringen und Bierstädt bei vorfallenden öffentlichen Versteigerungen aller der in den quästionirten Streitdistricten belegenen einzelnen Stücke, deren Eigenthum Kloppenheimischen Dorfmitgliedern zustehe, das Marklosungsrecht niemals, bei deren Privatverkäufen aber solches nur in dem einzigen Fall, wenn dieselben an jemanden aus einer fremden Gemeinde geschehen, und weder die Gemeinde Kloppenheim in corpore, noch eins ihrer Mitglieder, sich zu sothanem Abtriebe melden sollten, auszuüben befugt seyen.

Dem Oberamte Wisbaden ward hierauf aufgegeben, die Gemeinden Auringen und Bierstädt blos über die in der Kloppenheimischen Bittschrift angeführten factischen Umstände, und zwar ohne Gestattung eines Processus ad protocollum, zu vernehmen.

Bei dieser commissarischen Untersuchung behaupteten

A) die Gemeinden zu Auringen und Bierstädt:

daß sie das Abtriebs- und Bannlosungsrecht für ihre Gemeindsleute, wenn die Kloppenheimer einen in ihrer Gemarkung gelegenen Acker entweder privatim verkauften oder versteigern ließen, nicht nur in beiden Fällen prätendirten, sondern auch exerciret hätten,

und

und die gegenwärtigen Kloppenheimer erklärten darauf sofort:

daß sie wohl wüßten, daß nach der Retracten-Ordnung dem Gegentheil das Losungsrecht zugesprochen sey, sie aber eben dadurch bewogen worden, um eine Abänderung derselben in Ansehung der zwischen ihnen beiden vorwaltenden besondern Umstände Vorstellung zu thun, dahero sie es auch auf die Decision Gnädigster Herrschaft lediglich ankommen lassen, und zufrieden seyn müßten, wie es Höchstdieselben vorliegenden Umständen nach zu entscheiden gutfinden würden.

So bezogen sich

B) beide Theile auf ihren bisherigen uralten Besitz, und zwar Bierstädt:

daß es von jeher in der Possession den Abtrieb zu exerciren gewesen, wenn die Kloppenheimer von diesen Ackern unter sich verkauft hätten, und daß verschiedene Gemeindsleute aus ihrem Orte den Abtrieb wirklich exerciret, wenn von den Aeckern quästionirten Districts verkauft wären;

welches die Kloppenheimer sofort in der Maaße beantworteten:

daß in ältern Zeiten dieser Abtrieb niemalen, in neuern Zeiten aber von einigen Bierstädtern exerciret worden, und eben dieses zu dem gegenwärtigen Streit Anlaß gegeben, sie indessen demohngeachtet die übrigen sämtlichen Güter in diesem District, außer den wenigen, so abgetrieben worden, dato noch in dem Besitz hätten.

Und

Und als Commissarius bei dieser Gelegenheit

C) zugleich von Amtswegen die Gemeinde Sonneberg, welche ebenfalls dergleichen District in der Bierstädter Gemarkung haben, über das Markloſungsrecht vernahm; so räumten die Sonnenberger ein,

daß die Bierstädter den Abtrieb daran hätten.

7) Nach erstattetem commissarischen Bericht ward zwar unter dem 22sten April 1784, auf die Bittschrift der Kloppenheimer Gemeinde, provisorio modo verordnet,

daß gegen die supplicirende Gemeinde Kloppenheim, in Ansehung ihrer in Bierstädter Gemarkung gelegenen Güter, von welchen die Schatzung nach gedachtem Kloppenheim entrichtet wird, jetzt so wenig als vor dem Jahre 1774 das Markloſungsrecht Platz greifen solle, mit dem weitern Anhang jedoch, daß dieses nach dem Statu possessionis abgemessene Provisorium nicht länger von Gültigkeit seyn soll, als bis nach zurückgelegter Landesrenovation hierunter ein allgemeines dem Recht und Billigkeit nach abgemessenes Regulativ fürſsämtliche fürstliche Lande vorgeschrieben werden kann, also daß auch der Gemeinde Bierstädt ihre gegen die Gemeinde Kloppenheim etwa habende rechtliche Einwendungen bis dahin in salvo verbleiben sollen,

und solches unter dem 22sten Jun. 1784. auch auf die Gemeinde Kloppenheim ausgedehnet.

Als aber unter dem 4ten Jan. 1791.

8) die beiden implorantischen Gemeinden bei dem Amte Wisbaden ihre gegenwärtige Possessorienklage ein-

eingegeben hatten, ward das anfragende Amt wegen dieses Provisorii beschieden, den Parteyen ohne Rücksicht auf dieses Provisorium den Weg Rechtens zu eröffnen, und in der Sache zu erkennen.

Der hierauf von den implorantischen Gemeinden erhobenen

9) Possessorienklage, in welcher Imploranten pro magis coloranda quasipossessione juris retractus ex jure incolatus einige einzelne Fälle der gegen Kloppenheimische Einwohner geübten Marklosung erwähnet haben, hat nun zwar die imploratische Gemeinde verschiedene ins Petitorium eingreifende noch unbescheinigte Einreden entgegensetzen, und bezweifeln wollen, ob die von den Imploranten angeführten casus speciales wirklich vermöge der Marklosung geschehen, imgleichen ob diese Facta den Imploranten einen Besitz gegen die ganze Commüne der imploratischen Gemeinde verschaffen könne. Aber sie hat auch in den weitläuftigen Verhandlungen keines einzigen Falles erwähnet, noch weniger aber bescheiniget, wo die Kloppenheimer dem von den Imploranten behaupteten Marklosungsabtrieb widersprochen, und der Retrahent aus der implorantischen Gemeinde wegen dieses Widerspruchs der Kloppenheimer von dem vorgehabten Retracte abgestanden wäre. Nachdem nun

10) unter Vergleichung der Kosten das Provisorium vom 22sten April 1784. in dem in der untern Instanz am 15ten Sept. 1791. eröffneten Sentenz aufgehoben ward, und die Imploranten mit Vorbehalt des den Imploraten zustehenden Petitorii in Ordinario bei dem Besitze des Marklosungsrechts geschützet werden, die erhobene Berufung der Imploraten an das Hochfürstliche Hofgericht von Demselben ob defectum gravaminum als unstatt-

haft

haft verworfen ward, auf eingelegte Revision und erfolgte Actenversendung aber in dem am 15ten Jul. 1793. eröffneten Erkenntnisse die erste Sentenz ganz abgeändert worden: so haben die Imploranten dagegen die jetzt zu entscheidende Nichtigkeitsquerel erhoben.

Beurtheilung der Hauptsache.

Die doppelte Untersuchung:

A) ob Imploranten den Besitzstand des Marklosungsrechts in Ansehung der in den Streitdistricten belegenen einzelnen Stücke so weit bescheiniget, daß sie darin in Ordinario wider die Imploraten zu schützen? und da dieses in dem am 15ten Jul. 1793. eröffneten Erkenntnisse verneinet worden,

B) ob Imploranten deshalb mit Grund Rechtens gegen dieses Erkenntniß eine Nichtigkeitsklage anstellen können?

macht daher nach Maaßgebung vorstehender Geschichtserzählung in Ansehung der Hauptsache den eigentlichen Gegenstand der Beurtheilung aus. Die Imploranten haben allerdings den Besitzstand der Marklosung so weit erwiesen, daß sie in Possessorio ordinario darin geschützet werden müssen. Denn jede der dreyen im Streite befangenen Gemeinden hat eine eigene von der anstoßenden abgerainte und abgesteinte Feldflur, so wie auch die Gemeinde Kloppenheim, in welcher die implorantischen Gemeinden zur Marklosung nicht berechtiget sind.

Es gestehen ferner Imploraten unumwunden nicht nur überhaupt ein, daß jede Gemeinde berechtiget und in dem Besitz sich befinde, das Marklosungsrecht in Ansehung ihrer unbestrittenen eigenthüm-

thümlichen Feldmarken auszuüben, und daß die Markloſung eine in den Landesgeſetzen zum Flurrechte gehörige Befugniß ſey; ſondern auch beſonders, daß die Imploranten berechtiget und in dem Beſitz dieſes Flurrechts in Anſehung ihrer eigenen Dorfgemarkungen ſich befinden.

Es beruhet alſo auf dem reinen und unumwundenen gerichtlichen Zugeſtändniſſe der Imploraten, daß Imploranten ſich in dem Beſitz befinden, wegen aller einzelnen in ihren Feldmarken belegenen Grundſtücke gegen einen Ausbännigen das Markloſungsrecht auszuüben. Wenn nun auch in Poſſeſſorio ordinario ein künſtlicher Beweis durch Zugeſtändniß geführet werden kann; ſo muß es Wahrheit ſeyn, daß Imploraten den Imploranten den Beſitz der Markloſung in den Streitdiſtricten eo ipſo gerichtlich zugeſtanden haben, wenn dieſe Streitdiſtricte zu den Feldmarken der imploranti-ſchen Gemeinden gehören. Nun haben aber Imploraten vor dem Anfang des Rechtsſtreits überhaupt eingeſtanden, daß dieſe Streitdiſtricte in der Imploranten Gemarkung wirklich belegen, und die Imploranten ſich in dem Beſitze befinden, dieſe Streitdiſtricte zu ihren Feldfluren als Beſtandtheile zu rechnen.

Zwar haben Imploraten geäußert, wie es möglich ſey, daß die Gränzen, welche bis jetzt als Markungsgränzzeichen von den dreyen Gemeinden angenommen worden ſind, ſolches nicht wären, ſondern daß dieſe Zeichen in ältern Zeiten nur als Zehend- oder Weidezeichen ꝛc. geſetzt, und erſt ſpäterhin aus Irrthum für Gemeindemarkungszeichen angenommen ſeyn könnten: allein daraus entſtehet keine Ungewißheit über die Gränzen. Denn außer daß Imploraten nicht beſtimmt die Richtigkeit der

Ab-

Abmarkungsgränze geläugnet haben, schlägt dieses ganze Anführen in das Petitorium ein, und kann in possessorio nicht beabsichtiget werden; besonders da Imploraten nicht nur das Recht, sondern auch den Besitzstand der Imploranten, diese Streitdistricte zu ihren Feldfluren zu rechnen, und in Ansehung der darin belegenen einzelnen Stücke gegen die Imploraten die Markloſung auszuüben, unumwunden anerkennen mußten, wenn sie durch ihre unter dem 22sten Nov. 1781. bei dem Landesherrn eingereichte Bittschrift und die darauf veranlaßte Untersuchung ihre Absicht erreichen wollten. Sie beabsichtigten nemlich ein Privilegium, wodurch die allgemeine Retractordnung von 1774. in Ansehung dieser Streitdistricte ex capite gratiae entkräftet werden sollte, dessen es doch nicht bedurfte, wenn die Imploranten nicht in dem Besitz waren, diese Streitdistricte zu ihren Feldmarken zu rechnen, und an die darin befindlichen einzelnen Stücke gegen die Imploraten die Markloſung zu üben. Hätten Imploraten diesen Besitzstand der Imploranten läugnen können, so würden sie auf dem Wege des Rechts ihre Absicht leichter, als ex capite gratiae et potestatis legislatoriae, erreichet haben. Nachdem aber diese der Imploraten Bittschrift eine commissarische Untersuchung veranlaßte; so haben auch Imploraten bei ihrer commissarischen Vernehmung ohne Rückhalt und unumwunden den Imploranten die Befugniß in Ansehung der in diesen Streitdistricten belegenen Stücke gegen die Imploraten die Markloſung zu exerciren eingestanden. Sie haben eingeräumet, daß jene solches Recht wirklich ausgeübet hätten, wodurch der Besitzstand der Imploranten ganz außer Zweifel gesetzt wird. Gehet nun aus allem diesem hervor,

daß Imploranten sich im Besitze befinden, die streitigen Districte für Theile ihrer eigenen Feldmark zu halten, und deshalb gegen die Imploraten die Markloſung zu üben; so müßten Imploraten den Beweis übernehmen, daß sie das Recht erworben, daß gegen sie von den Imploranten die Markloſung nicht geübet werden könne, und des Endes Imploraten in das Petitorium gewieſen werden. Dagegen aber können Imploranten mit dem ihnen in dem von ihnen jetzt angefochtenen Erkenntniſſe vom 15ten Jul. 1793. vorbehaltenen Beweiſe nicht beſchweret werden. Dieſes iſt ganz offenbar ein Beweis der natürlichen Freyheit, in deren Beſitz ſich Imploranten überdies noch befinden. . Bekannt iſt es aber, daß in judiciis confeſſoriae aut negatoriae petitoriis dem in poſſeſſorio ſuccumbirenden Domino ſervienti keine probatio libertatis naturalis auferlegt werden könne, und von einer Sentenz, welche in judicio poſſeſſorio negatoriae dem Kläger die probationem libertatis naturalis, zumal wenn der Beklagte nicht einſt poſſeſſionem vel quaſi ſervitutis bewieſen hat, auflegt, läßt ſich behaupten, quod expreſſim contra juris rigorem data,

L. 19. D. de appell.

et in ea de jure conſtitutionis, non de jure litigatoris pronunciatum ſit.

L. 1. §. 2. D. quae ſent. ſin. app.

Die von den Imploranten erhobene Nichtigkeitsklage iſt daher vollkommen begründet, wodurch die zweyte oben aufgeworfene Hauptfrage erlediget wird. Denn das römiſche Recht ſpricht allen ſententiis, quae contra juris rigorem datae ſunt,

L. 19. D. de appell.

in quibus de jure conſtitutionis, non de jure litigatoris pronunciatum eſt,

L. 1. §. 2. D. quae ſent. ſin. app.

quae-

quaeque contra manifesti juris formam datae sunt,

L. 2. 3. C. quand. prov. non est nec.

alle Rechtskraft ab, worin auch das canonische Recht übereinstimmt.

cap. 20. X. de sent. et re jud.

Beide Rechte kennen hierbei den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten so wenig, als daß die Nichtigkeit der Sentenz nicht aus den Meritis causſae et sententiae hergeleitet werden könnte. Die Reichsgesetze haben auch keinesweges geordnet, daß gegen eine Sentenz nur in denjenigen Fällen eine Appellation zugelassen werden solle, in denen sie auf Nullitäten gebauet wird, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder Partey, oder aus den Substantialibus des processus nach sich führen, wenn gleich in diesen Fällen diese Klage binnen 30 Jahren nur erst erlöschen soll.

R. I. N. §. 122.

Hat nun dieses Reichsgesetz in Ansehung der Nichtigkeitsklage nichts weiter geändert; so kann, vermöge des bekannten Rechtsgrundsatzes, exceptio in casibus non exceptis firmat regulam, die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels in keinem Falle weiter bezweifelt werden, in welchem die gemeinen Rechte solche für zulässig erklären.

XL.

1) Die Gränzklage setzt allemal voraus, daß vormals richtige Gränzen vorhanden gewesen.

2) Wenn bei einer Gränzklage der Kläger den Gränzzug nicht bestimmt so angiebt, wie er und sein Gegner solchen behauptet, ist die Klage wegen ihrer Undeutlichkeit als unstatthaft von Amtswegen zu verwerfen.

An das ꝛc. Schwarzburgische Amt Schernberg.

Als Derselbe uns erhobene Klage, dagegen vorgeschützte Ausflüchte, und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen Johann Friedrich Simons zu Schernberg, Klägers, an einem, wider Johann Christoph Kirchner, Meister Johann Christoph Kiemstädt, Johann Andreas Bein, und Meister Johann Christoph Junge daselbst, Beklagten, am andern Theile, zugesendet ꝛc.

Daß die Klage angebrachtermaßen nicht stattfinde. V. R. W.

Geschichtserzählung.

Des Klägers Wiese wird auf zwey Seiten durch einen Wassergraben von dem Schernbergschen Gemeinderasen getrennet, und gränzet auf den beiden andern Seiten an die Besitzungen der Beklag-

ten.

ten. Hier befinden sich Weidenbäume, über deren Anzahl, Alter, Richtung ihrer Anpflanzung, Nutzung und Eigenthum sich die streitenden Parteyen in ihren rechtlichen Verhandlungen deutlich und bestimmt nicht ausgelassen haben. Eben so wenig findet sich ein unter ihnen über die Richtung der ihre Besitzungen scheidenden jetzigen Gränze deutlich erklärter Widerspruch. Es ist also anzunehmen, daß sie über die jetzige Richtung der Gränze in so weit einig sind, daß kein Theil eine ehemalige andere Richtung derselben anzugeben und zu beweisen sich getraue. Ein ordentlicher geometrischer Riß ist von diesen angränzenden Besitzungen der jetzt in Streit befangenen Parteyen nicht gefertiget.

Weil die Geschwornen zu Schernberg in einem dem Kläger mitgetheilten Berichte vorkommen lassen, daß der Kläger an seiner Wiese seine Richtigkeit nicht habe, die Besitzungen seiner Gränznachbaren, der jetzigen Beklagten, aber auch nicht richtig wären, sondern diese übrig hätten, und deßwegen bei dem Fürstl. Schwarzburgischen Amte Schernberg um Verhaltungsbefehle nachsuchten: so entstand unter diesen Gränznachbaren ein Rechtsstreit, der mit einer von dem jetzigen Kläger übergebenen Klage begann. Er gründete solche auf den Bericht der Geschwornen, suchte um die Vermessung und Versteinung sämtlicher in dieser Pflege belegenen Grundstücke an, und bat, jedem Besitzer den ihm im Flurbuche zugeschriebenen Flächeninhalt anzuweisen. Diesem widersprachen die Beklagten, zogen den ruhigen Besitzstand der Gränze an, und bewirkten dadurch soviel, daß das rechtskräftige Erkenntniß vom 13ten April 1790. die Beklagten in Possessorio summario bei der bisherigen Gränzrichtung schützte, und dem Kläger darum das Petito-

rium nachließ, weil es die erhobene Klage als eine Petitorienklage für unschlüssig erklärte. Zugleich ward darin auf eine legale Vermessung und Verzeichnung der Grundstücke durch einen verpflichteten Feldmesser erkannt. Nun übergab Kläger seine verbesserte Petitorienklage, behauptete zu deren Begründung, daß seine Wiese ½ Acker, die Kirchner- und Kiemstedtische Wiese ¾ Acker, und die Bein- und Jungische Wiese ½ Acker enthalten müßten, daß seit vielen Jahren confusio finium entstanden, indem sich weder Steine noch sonstige Marquen befänden, die die Gränzen dieser an einander liegenden und stoßenden Grundstücke im mindesten legal bestimmen und auseinander setzen könnten; bat durch den Amtsactuar die erkannte Vermessung und Verzeichnung vornehmen zu lassen, und machte übrigens einen dem judicio finium regundorum angemessenen Antrag, ohne die Richtung der Gränze bestimmt anzugeben, welche er erkannt wissen wollte. Die Beklagten widersprachen diesem Ansuchen als judicatwidrig, verweigerten die Einlassung wegen behaupteter Unschicklichkeit der erhobenen Klage, und läugneten eventualiter die zum Gruude der Klage gelegten facta. Daß nun nach der Beklagten Antrag erkannt worden, dazu treten folgende

Gründe

ein. Dem Staate ist freylich sehr daran gelegen, daß die unter den Bauersleuten entstehenden Gränzirrungen baldigst und auf das kürzeste beendiget werden. Streitigkeiten dieser Art qualificiren sich daher schon ihrer Natur nach zu einer summarischen Erörterung, bei welcher es nicht sowohl darauf anzukommen scheinet, mit welchem Namen die Kunstsprache

sprache der Rechtsgelehrten die erhobene Klage belege; vielmehr es genüge, daß das Verlangen des Klägers durch die Gesetze des Staats, und in deren Abgang durch die Vorschriften der natürlichen Billigkeit zureichend unterstützet werde. Auf dieser Seite scheinet daher die von dem Kläger erhobene Klage keinen Mangel der Schicklichkeit und Schlüssigkeit an sich zu haben, und die Entscheidung dieses Rechtsstreits blos von der Richtigkeit der zu ihrer Begründung angeführten, von den Beklagten aber geläugneten Thathandlungen, nemlich davon abzuhängen, daß des Klägers Wiese ½ Acker enthalten müsse, und nicht enthalte, dagegen aber der Beklagten Wiesen jetziger Flächeninhalt größer sey, als er seyn sollte. Denn sobald diese Thatumstände ausgemittelt seyn würden, scheinet nothwendig zu folgen, daß die jetzige Richtung der das Grundstück des Klägers von den anstoßenden Besitzungen der Beklagten trennenden Gränze unrichtig, sonach fines agrorum privatorum confusi, und das vom Kläger zur Hand genommene Judicium finium regundorum, ohnerachtet die eigentliche Richtung der Gränzlinie beiden Theilen zur Zeit so unbekannt, daß sie keiner angeben könne, in Rechten wohlgegründet, wenigstens dazu hinreichend, daß Kläger weniger, Beklagte aber mehr besitzen, als sie besitzen sollten.

l. 7. D. de fin. regund.

Allein die Vertheilung und Versteinigung eines aus der Vertheilung eines gemeinschaftlichen Grundstücks erlangten alleinigen Antheils kann nie durch die Gränzklage rechtlich verfolgt werden.

l. 4. §. 6. 7. D. fin. regund.

Dieses Rechtsmittel setzt jederzeit und wesentlich voraus, daß vorhergemachte Gränzen vorhanden

gewesen, und daß die Gränznachbaren über derselben Richtung uneinig geworden, es mögen nun die Gränzzeichen sich gänzlich verlohren oder eine andere Stelle erhalten haben. Jeder der streitenden Theile muß daher den Gränzstrich anzugeben und den Beweis seiner Behauptung zu übernehmen im Stande seyn, mithin die streitige Beschaffenheit des angegebenen Gränzstriches so beschrieben seyn, daß der Richter die von beiden streitenden Theilen angegebene Richtung der Gränzen als das thema probandum beiden Theilen

l. 10. D. fin. regund.

bestimmt und deutlich vorschreiben könne. Nun gehet aber das mildrichterliche Amt nicht so weit, daß der Richter ohne Vorwurf der Parteylichkeit ex facto suppliren, und das unconcludent erzählte Factum durch sein richterliches Supplement concludent machen könne. Und nur dann erkläret

l. 7. D. fin. regund.

das judicium finium regundorum für rechtsbeständig, wenn es gewiß ist, daß der Abgang des Flächeninhalts, den das eine benachbarte Grundstück haben sollte und nicht hat, den Flächeninhalt des benachbarten Grundstücks vermehret habe. Dieses tritt im vorliegenden Falle nicht ein. Denn angenommen, es könnte erwiesen werden, daß die benachbarten Grundstücke der jetzigen streitenden Parteyen die vom Kläger angegebene Flächengröße haben sollten, und sie solchen jetzt nicht, sondern einen größern hätten; gewiß würde es zwar alsdann seyn, daß nach der Zeit des gefertigten Flurbuchs Kläger verlohren, Beklagte aber gewonnen hätten. Aber ungewiß würde es bei der Lage dieser Grundstücke stets bleiben, ob der Beklagten Grundstücke durch den Abgang des Grundstücks des Klägers

gers an Größe gewonnen, mithin Beklagte damno actoris locupletiores exiſtiren? Denn eben ſo gut, als nach der Bemerkung der Beklagten der veränderte Zug des Waſſergrabens auf die Flächengröße der Wieſe des Klägers eine mindernde Wirkung haben konnte, ſo gut konnte das ſich bei den Grundſtücken der Beklagten findende Größenübermaaß auch von ihren andern Gränznachbaren auf mancherley Wegen ſo herſchreiben, daß ſie mit vollem Rechtsbeſtande, wenigſtens ohne Verkürzung des Eigenthums des Klägers, jetzt mehr beſitzen, als ſie nach dem Flurbuche beſitzen ſollten. Die etwanige Abweichung der jetzigen Flächengröße der Grundſtücke der im Streit befangenen Parteyen von ihrer im Flurbuche etwa befindlichen Beſchreibung gewähret daher dem Kläger kein offenbares Klagerecht. Und dieſes iſt rechtsgenügend, über das vom Kläger zum Klagegrund gelegte Factum keinen Beweis zu eröffnen, vielmehr ſeine erhobene Klage als unſchließlich zu verwerfen.

Wenn aber auch alles dieſes nicht wäre, ſo würde dem Kläger die Rechtskraft des Erkenntniſſes vom 13ten April 1790. entgegenſtehen, und ſie ſchon darum

l. 14. pr. D. de exc. rei judic.

für unſchlüſſig erkläret werden müſſen. Sie unterſcheidet ſich von der erſtern jetzt rechtskräftig bereits verworfenen blos dadurch, daß er in jener ſich auf den Bericht der Geſchwornen zu Schernberg bezog, und alſo den ihn etwa treffenden Beweis anticipirte.

XLI.

1) Gegen die Gerichtsobrigkeit, ob sie schon Obervormünderin ist, findet keine accusatio tutoris suspecti statt.
2) Der nächste Grad der Verwandtschaft reicht nicht zur Legitimation eines gesetzlichen Vormundes hin.
3) Namens unmündiger Descendenten haben Adscendenten kein mandatum praesumtum.

An die Amtshauptmannschaft Wunsiedel.

Als die Herren uns erhobene Klage, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen des Rathsbürgers und Lohgerbermeisters Friedrich Wolf, zu Kirchenlamitz, Klägers, an einem, wider den Bürger und Beckenmeister Johann Andreas Schirmer daselbst, Beklagten, am andern Theile, zugesendet ꝛc.

Daß die Klage nicht statt habe, vielmehr Beklagter davon zu entbinden und loszuzählen: Kläger dagegen verbunden, sämtliche durch diese unbefugte Klage und Beschwerdeführung verursachte Kosten, nach deren vorgängiger Verzeichnung und richterlichen Festsetzung, an den Beklagten zu erstatten, auch gehalten, alle erweisliche Schäden zu ersetzen, welche die durch seine Klage verhinderte Theilung der zum Schirmerschen Nachlaß gehörigen Ländereyen den Erben und Eigenthümern derselben verursacht hat, daher dem Beklagten sowohl, als der un-

unmündigen Margarethen Steinwasserin, ihre Entschädigung anzugeben, und gegen den Kläger gebührend auszuführen, billig annoch vorbehalten bleibet. V. R. W.

Geschichtserzählung.

§. I. Dieser sonderbare Rechtsstreit läßt sich weder in seinem Gange richtig übersehen, noch mit Ueberzeugung entscheiden, wenn dasjenige, was darin vor der Königl. Regierung zu Bayreuth und der von ihr zu dieser Sache delegirten Königl. Amtshauptmannschaft Wunsiedel ist verhandelt worden, nicht von demjenigen abgesondert wird, was vorher sowohl als auch während dieser Erörterung vor der Amtshauptmannschaft bei dem Richteramte Kirchenlamitz in der Sache ergangen ist. Durch diese Absonderung lernt man den eigentlichen Gegenstand dieses Processes kennen, man entdeckt mit Wahrscheinlichkeit, was diesen verwickelten Rechtshandel veranlaßt hat, und man gelangt dadurch zur Ueberzeugung, daß der klagende Rathsbürger und Rothgerbermeister Friedrich Wolf zu Kirchenlamitz weder zur Sache legitimirt, noch zu klagen berechtiget ist, vielmehr zur Kostenerstattung und Ersetzung alles erweislichen Schadens, sowohl an den beklagten Bürger und Beckenmeister Johann Andreas Schirmer zu Kirchenlamitz, als auch an die minderjährige Margarethe Steinwasserin, verurtheilet werden muß.

§. II. Des Beklagten am 26 April 1792. verstorbene Ehefrau, Margarethe, war des Klägers leibliche Tochter. Sie war zweymal verheirathet gewesen. Mit ihrem ersten 1790. verstorbenen Ehemanne, dem Beckenmeister Andreas Steinwasser,

wasser, hat sie eine einzige annoch lebende unmündige Tochter, Margarethe Steinwasserin, erzeuget, welcher bei dem Ableben ihres Vaters der Hammermeister Joh. Christian Dürrschmidt zu Niederlamitz zum alleinigen Vormunde gerichtlich bestellet, dem aber bei dem 1792 erfolgten Ableben der Mutter der Gastwirth Ulrich Stöhr zu Kirchenlamitz mit ungetheilter Pflicht als Mitvormund zugeordnet worden ist. Die unmündige Margarethe Steinwasserin ist daher jederzeit vorschriftsmäßig bevormundet, immer aber ist der Kläger, ihr mütterlicher Großvater, von dieser Vormundschaft ausgeschlossen gewesen. Hierüber hat er sich in den Acten nie beschweret, und aus diesen Acten ist nicht zu ersehen, was den Vormundschaftsrichter bewogen habe, bei der Bevormundung dieser unmündigen Margarethe Steinwasserin, besonders nach dem erfolgten Tode ihrer Mutter, diesen mütterlichen Großvater zu übergehen. Daß es indeß darum nicht geschehen sey, um ihn von der Behandlung der Geschäffte, an welchen die Minderjährige Antheil nahm, auszuschließen, und um ihn zu verhindern, dabei das Beste seiner unmündigen Enkelin zu besorgen, ist daraus klar, daß, wie die Folge zeigen wird, das königliche Richteramt zu Kirchenlamitz bei jedem wichtigen die Minderjährige interessirenden Geschäffte seit dem Absterben ihrer Mutter nicht nur den Großvater mit zuließ, sondern ihn auch dazu außer den gerichtlich bestellten Vormündern aufforderte, und dadurch bewirkte, daß bei solchen wichtigern Angelegenheiten die Minderjährige von ihren Vormündern und ihrem mütterlichen Großvater vertreten ward.

§. III. Als der Beckenmeister Andreas Steinwasser 1790. starb, und seine Wittwe nebst seiner da-

damals 6jährigen Tochter zu Erben seines Nachlasses verließ, ward über sein Vermögen ein gerichtliches Inventarium gefertiget, das Vermögen durch Achtsleute geschätzet, solches um den Schatzungspreis der Wittwe eigenthümlich zugeschlagen, die erbende Mutter und Tochter auseinandergesetzet, ein in der Nachlassenschaft befindliches Haus, nebst Garten, Stadel, Stallung und Keller, mit dem darauf befindlichen Backrecht, incl. Branntweinzeug auf 800 fl. gewürdigt, solches ebenfalls, wie gesagt, der Mutter um diesen Preis eigenthümlich zugeschlagen, und es befindet sich keine gerichtlich bemerkte Vereinbarung der Erbinteressenten, daß das der Mutter an dem Erbhause überlassene Eigenthumsrecht durch ein der Tochter bedungenes Vorkaufs- oder Rückfallsrecht wäre eingeschränket worden. Bei diesem Steinwasserischen Inventur- und Auseinandersetzungsgeschäffte war der jetzige Kläger, der Wittwe, seiner Tochter, als Beistand gerichtlich zugeordnet; die unmündige Steinwasserische Tochter aber ward durch ihren damaligen einzigen Vormund Dürrschmidt vertreten.

§. IV. Nachdem solchergestalt die Steinwasserische Erbschaft unter Mutter und Tochter gerichtlich getheilet, und diese Miterbinnen gehörig auseinander gesetzet worden waren, trat die Wittwe mit dem jetzigen Beklagten Johann Andreas Schirmer in zweyte Ehe, welche bis 1792. gedauert hat.

§. V. Der Kläger ist mit dem Beklagten einig, daß diese Ehe eine bedingte gewesen, daß vor der Verheirathung außergerichtlich ein Ehevergleich verabredet, dieser von den Contrahenten bei dem Königl. Richteramte Kirchenlamitz vorgetragen, von demselben bestättiget worden, und daß dieser Ehe-

vergleich zur Grundlage der durch das Absterben der Schirmerin nothwendig gewordenen Auseinandersetzung des Schirmerischen Wittwers und seiner unmündigen Stieftochter, Margarethen Steinwasserin, gemacht werden müsse. Sie sind ferner einig, daß diese zweyte Ehe der vormaligen Steinwasserischen Wittwe kinderlos gewesen. Die Folge wird es lehren, daß die Art, in welcher nach Anleitung dieses Ehevergleichs Stiefvater und Stieftochter auseinanderzusetzen, einen Punct des gegenwärtigen Rechtsstreites ausmacht.

§. VI. Das Concept des unter dem 1sten November 1790. ausgefertigten gerichtlichen Schirmerischen Ehebriefes findet sich zwar bei den Acten, bei denen sich aber kein gerichtliches Aufnahmeprotocoll vorfindet. Der Entwurf ist von den Contrahenten nicht vollzogen, es findet sich auch keine Gerichtsregistratur, daß dieser bei den Acten liegende Entwurf des Schirmerischen Ehebriefes den Contrahenten vorgelesen und von ihnen genehmiget worden.

§. VII. Als am 26sten April 1792. des Beklagten Ehefrau verstorben war, versiegelte das königliche Richteramt am 27sten April 1792. in dem Schirmerischen Hause einen Kleiderschrank, einen Reisekasten und drey Läden, bemerkte im Versiegelungsprotocoll das vorräthige Bier und Vieh, und daß

am baaren Gelde kaum 5 fl. vorhanden, weil erst kürzlich von den vorhanden gewesenen Geldern das herrschaftliche Umgeld von etlichen und 60 fl. berichtiget worden.

Das Inventur- und Auseinandersetzungsgeschäfte nahm den 30sten May 1792. in Gegenwart sämtlicher

licher Gerichtspersonen, welche samt den gebrauchten Achtsleuten das Inventurprotocoll unterschrieben, seinen Anfang. Die Minderjährige ward hierbei durch ihre Vormünder vertreten, und da auch die nächsten Anverwandten und guten Freunde der Erbinteressenten zugelassen wurden, so wohnten diesen Verhandlungen von Seiten der unmündigen Steinwasserischen Tochter nicht nur ihr Großvater, der jetzige Kläger, sondern auch ihres verstorbenen Vaters leibliche beide Brüder bei.

§. VIII. Gleich vom Anfange dieses Geschäffts ward von dem Richteramte, besage des Protocolls, bemerket,

daß der Nachlaß, vermöge der unterm 1sten November 1790. gerichtlich errichteten Ehepacten (§. VI.), zu inventarisiren, und hernach beide Erben zu separiren.

Der Status activus ward durch Schätzung ausgemittelt, und von den Achtsleuten das zweygattige Erbhaus, samt den darunter befindlichen Kellern, darauf haftenden Backsteuerrecht, der Branntweinbrennerey, dem daran gebaueten Stadel und Stallung, und an solchem befindlichen Grasgarten, nach dem wahren Werth auf 1200 fl. gewürdigt. Bei dem Schluß der Inventur wurden die Passivschulden und die Abzüge der Erbes-Interessenten verzeichnet, und hinter diesem Verzeichnisse im Protocoll bemerket:

und da sich wegen sämtlicher vorstehender Posten die beiden Erbes-Interessenten also verglichen haben, daß solche unwidersprechlich seyn, und jeder Theil das seinige Ausgesetzte vor der gleichheitlichen Vertheilung zum Voraus haben soll, und selbst darum nachgesuchet, daß

sie

sie intuitu ihres freundschaftlichen Vergleiches zur Unterschrift möchten gelassen werden; so wurde solches bewerkstelliget.

Der Kläger hat mehrmals in den Acten eingeräumet, daß er ebenfalls an dieser Unterschrift Antheil genommen habe, worauf das Inventurgeschäffte seine Endschaft erreichte, nachdem die gegenwärtigen Gerichtspersonen das Inventurprotocoll unterschrieben hatten. Es ist hierbei des Verfolgs wegen zu bemerken, daß der Gerichtsschreiber das eigentliche Original-Inventarium so wie diese Transactsregistratur geschrieben, und daß die Blätter, worauf dieser Vergleich samt den Unterschriften sich befindet, von den übrigen nicht getrennet, auch nicht von der Art sind, daß sie eingeschoben werden können.

§. IX. Hierauf wurden die Theilungszettel gerichtlich gefertiget, nach welchen der unmündigen Tochter das Erbhaus, vermöge des Ehebriefes vom 1ten Nov. 1790, um den Schatzungspreis der 1200 fl. ganz allein zugeschlagen wurde: dagegen ihr von den erbschaftlichen einzelnen Ländereyen die Hälfte, die andere Hälfte aber dem Stiefvater zugetheilet ward. Bei der Berechnung selbst ward der Schätzungswerth zum Grunde gelegt, worauf das Richteramt mittelst Berichts vom 16ten Jul. 1792. die gerichtlich ausgefertigten Theilungszettel an die Königl. Regierung zu Bayreuth zur Bestätigung einsandte. Wie die Parteyen einräumen, fand die königliche Regierung gegen diese Auseinandersetzung nichts zu erinnern, genehmigte dadurch die Verhandlungen und das Benehmen des Richteramts Kirchenlamitz, daß sie die eingesandten Theilungszettel zur Vollendung des Geschäffts unter

dem

dem 30ſten Auguſt 1792. an das Richteramt Kirchenlamitz zurückſandte.

§. X. Um dieſes zu bewirken, war nun erforderlich, daß die einzelnen Erbländereyen in zwey gleiche Theile abgeſondert, jeder Theil abgerainet und abgeſteinet, und jedem der ihm zuſtehende Antheil angewieſen ward. Aus den Acten iſt jedoch nicht zu erſehen, daß dieſes geſchehen ſey, wodurch es gehindert, und auf welche Art dieſe Ländereyen im Herbſte 1792. beartet worden. Dagegen enthalten die Acten, daß die Vormünder der minderjährigen Margarethe Steinwaſſerin, mit Zufriedenheit ihres jetzt klagenden mütterlichen Großvaters, das ihr in der Erbtheilung für 1200 fl. zugeſchlagene Erbhaus, nebſt deſſen Zubehör, dem Stiefvater derſelben aus der Hand für 1600 fl. verkauft haben, und daß die Königl. Amtshauptmannſchaft Wunſiedel die verlangte Erlaubniß zur Veräußerung ertheilet habe.

§. XI. Dennoch zeigte der jetzige Kläger dem Richteramte Kirchenlamitz unter dem 14ten April 1793. ſchriftlich an,

daß er ſich in dieſer Sache mit einer Vorſtellung an die Königl. Regierung gewandt, und unter andern darin erklärt habe, daß er für ſeine unmündige Enkelin, Margarethe Steinwaſſerin, geſamte im Inventario aufgetragene Grundſtücke für den gerichtlich taxirten Preiß behalte, dagegen, wofern dem Schirmer aus der Verlaſſenſchaft ſeiner Frau durch Urthel und Recht etwas zugeſprochen werden könnte, dieſer Schirmer ſolches im baaren Gelde erhalten ſolle: daß er, Wolf, die Grundſtücke inzwiſchen durch der Pupillen Vormund beſorgen laſſen werde; er

aber diese Anzeige dem Richteramte deshalb schriftlich mache, damit der Schirmer sich wegen dieser Grundstücke keine Mühe mehr machen, das Gericht selbst dabei supersediren, und die Resolution der Regierung in der Sache abwarten möge.

Das Gericht theilte diese Anzeige dem Schirmer unter dem 16ten April 1793. mit.

§. XII. Unter dem 20sten April 1793. zeigte auf der andern Seite der Schirmer, mit Beifügung der bei der Königl. Regierung übergebenen Vorstellung, dem Richteramte an,

daß er daselbst angetragen habe, die Vormünder und den Großvater seiner Stieftochter mit ihrem Gesuche abzuweisen, ihn bei dem aus der bestättigten gerichtlichen Erbsonderung erlangten Rechte zu schützen, und das Richteramt Kirchenlamitz zu befehligen, die Erbländereyen in Gemäßheit der Theilungszettel abzumarken,

und richtete seinen Antrag dahin,

daß bis auf erfolgte Regierungsresolution alles in statu quo, und er im Besitz der erworbenen Güterhälfte und der Bauerey derselben verbleibe.

§. XIII. Als aber das Richteramt Kirchenlamitz diese Schirmerische Vorstellung dem Wolf unter dem 25sten April 1793. mit der Verfügung mittheilte:

daß die ganze Sache, bis solche von der königlichen Regierung entschieden seyn wird, in statu quo dergestalt zu belassen, daß inzwischen jeder Theil die zur Theilung gekommenen Grund-

Grundstücke zur Hälfte zu bebauen und zu nutznießen habe;

so legte der Bürger und Rothgerber Friedrich Wolf gegen dieses Interimisticum das Rechtsmittel der Berufung an die Regierung ein, erlangte auch darüber gerichtliche Recognition, worauf die Sache von der inzwischen dazu von der Regierung delegirten Amtshauptmannschaft Wunsiedel abgerufen ward.

§. XIV. Während der Zeit, daß dieses bei dem Richteramte Kirchenlamitz verhandelt ward, wurde von beiden Theilen auch die Sache bei der Königl. Regierung zu Bayreuth, aber auf eine ganz verschiedene Art betrieben. Hier nemlich übergab der Bürger und Rothgerber Friedrich Wolf, blos für sich, schon unter dem 7ten April 1793. eine Vorstellung, in welcher er den Richterbeamten zu Kirchenlamitz einer Durchstecherey mit dem Schirmer, und daß er sich von diesem bestechen lassen, beschuldigte; daher sey es gekommen, daß dieser Richter zum Schaden der unmündigen Margarethe Steinwasserin gehandelt habe. Er beschuldigte diesen Justizbeamten,

a) daß er aus böser Absicht die bei der Steinwasserischen Erbsonderung (§. III.) beliebte Vereinbarung, daß das damals auf 800 fl. geschätzte Erbhaus nach Absterben der Steinwasserischen Wittwe für den nemlichen Preiß auf die unmündige Tochter fallen solle, nicht in den Acten und Theilungsreceß mit angemerket habe.

b) Daß er den Ehebrief (§. VI.) ganz anders ausgefertiget und abgefaßt habe, als er wäre verabredet worden: daß weder der Wolf, noch

die Schirmersche Ehefrau den von dem Richter ausgefertigten Ehebrief gesehen, noch genehmiget habe, und daß dieser ausgefertigte Ehebrief ganz falsch sey;

c) daß der Richterbeamte den Schirmer begünstiget, daß dieser die Erbschaft auf mancherley Art expiliren können, und das Inventarium nicht richtig sey (§. VII. VIII.);

d) daß der Unmündigen das Erbhaus um 400 fl. höher angeschlagen worden, als sie solches anzunehmen schuldig gewesen (§. VIII.), und dadurch um 200 fl. verkürzet worden;

e) daß der Richterbeamte ihn, den Wolf, so wie die Vormünder der Unmündigen, inducirt hätte, die das Vorausbestimmte und die Passivschulden angehende Stelle (§. XIII.) zu unterschreiben, indem der Richter diese Stelle ihnen nicht vorgelesen, sondern vorgespiegelt habe, daß es das Inventarium selbst sey. Er habe nicht unterschreiben wollen, weil bei dem ganzen Geschäffte der Richterbeamte eigenmächtig verfahren, und auf seine, des Wolfs, Vorstellungen und Protestationen nicht hören wollen.

f) daß die Erbtheilung nicht richtig, und seine unmündige Enkelin dadurch äußerst verkürzet worden, indem einestheils dem Schirmer kein Erbrecht zustehe, anderntheils derselbe nichts eingebracht, wenigstens das vorgebliche Einbringen nicht bewiesen, und der Richterbeamte die Regierungsbestätigung (§. IX.) erschlichen habe.

Er bat, seine unmündige, von dem Richter und dem Schirmer gemeinschaftlich verkürzte Enkelin, durch Cassation des Verhandelten und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu schützen, führte dabei aber an:

daß

daß er nicht gemeinet ſey, die Pupillin hiedurch in einen weitläuftigen und koſtbaren Proceß zu verwickeln: und da ſein Alter und ſonſtiger Zuſtand auch nicht geſtatte, ſich damit zu zerſtreuen, ſo wolle er dieſes durchaus widerrechtliche richteramtliche Verfahren lediglich angezeigt und zur höchſtrichterlichen Erwägung und allergerechteſten Remedur ausgeſtellet haben.

§. XV. Auf der andern Seite übergab ebendaſelbſt der Beckenmeiſter Schirmer eine weitläuftige Vorſtellung unter dem 22ſten April 1793, welche er gegen den Wolf und die beiden Vormünder ſeiner unmündigen Stieftochter richtete. Da er ſolche zur Begründung ſeines Geſuchs um ein Interimiſticum auch bei dem Unterrichter übergeben (§. XII.), und dieſer ſolche dem Wolf mitgetheilet hatte (§. XIII.): ſo nahm dieſer Wolf daher Gelegenheit, nicht nur die Schirmeriſche Eingabe zu widerlegen, ſondern auch alle dem Unterrichter vormals gemachte Vorwürfe (§. XIV.) zu wiederholen, und darauf anzutragen,

daß die Pupillin des baldigſten in integrum zu reſtituiren, dem Unterrichter zu inhibiren, ſich pendente lite in dieſe Rechtsſache zu miſchen, und den Vormündern ſeiner Enkelin anzubefehlen, daß ſie die Grundſtücke vortheilhaft verpachten ſollen.

§. XVI. Nur erſt, als der Schirmer ſein erſtes Geſuch wiederholte, fertigte die königliche Regierung dieſe vier Eingaben (§. XIV. XV.) unter dem 14ten May 1793. der königlichen Amtshauptmannſchaft Wunſiedel mit dem Befehl zu,

a) über dieses wechselseitige Suchen, des Wolfs, Namens seiner Enkelin, und des Schirmers, das Rechtserforderliche unverlängt zu verfügen:

b) die schleunigste Verfügung zu treffen, daß die nach beider Parteyen Angaben zur Zeit noch unbesäeten Felder sofort bestellet, und hierin durch Zögerung nichts versäumet werde:

c) über dasjenige, was sich der vom Lohgerber Wolf dem Richterbeamten schuldgegebenen Parteylichkeit, und in specie der von demselben gegen den letztern wegen eines Protocolls vorgebrachten Anschuldigung halber bei der Verhandlung ergeben sollte, zur weitern Verfügung dieses Puncts halber zu berichten.

§. XVII. Diesem gemäß wurden dem Richteramte unter dem 16ten May 1793. die Eingaben der Imploranten urschriftlich zur Einsicht mitgetheilet, ihm sämtliche diese Inventur und Theilung betreffende Acten abgefordert, und dasselbe angewiesen, jedem Theile die Bestellung der Grundstücke nach Maaßgabe der Theilungslooße zu überlassen, dabei aber von Obrigkeitswegen darauf zu sehen, daß der nöthige Bestellungsaufwand und der Ertrag ordentlich aufgezeichnet werde.

§. XVIII. Bevor noch die Amtshauptmannschaft etwas weiteres in der Sache verfügte, reichte schon der Rothgerber Wolf am 25 May 1793. abermals bei der königlichen Regierung eine Attentatenklage und eine Appellationsrechtfertigungsschrift ein, in welchen er dasjenige wiederholte, was er in seinen beiden ersten Vorstellungen anzeigsweise angeführt hatte. Er sagt hierin deutlich, daß er Namens seiner unmündigen Enkelin klagen wolle.

Er

Er selbst sagt, daß er, wie vormals, so noch jetzt, seine Klage gegen das Richteramt darin fundire,

daß dasselbe bei der vorgewesenen Verehelichung seiner verstorbenen Tochter mit dem Schirmer, so wie bei der Inventur und Theilung des Nachlasses derselben, äußerst parteyisch, widerrechtlich und null zu Werke gegangen.

§. XIX. Auch diese Eingaben wurden unter Bezug auf den Auftragsbefehl der Amtshauptmannschaft Wunsiedel unter dem 31sten Aug. 1793. nachgefertiget, welche den Rothgerbermeister Friedrich Wolf als den Kläger, den Schirmer als den Beklagten, und die Wolfischen sämtlichen Eingaben (§. XIV. XV. XVIII.) als Klageschreiben des Wolfs ansahe, und in der Art das Erforderliche verfügte.

§. XX. Hiergegen hat kein Theil, am wenigsten der Rothgerber Friedrich Wolf, etwas eingewandt. Vielmehr hat dieser ohne alle Theilnahme der seiner unmündigen Enkelin bestellten Vormünder nicht nur den Rechtsstreit bei dem delegirten Gerichte fortgesetzet, sondern auch den Anwald allein mit Vollmacht versehen. Es kann demnach nicht weiter zweifelhaft seyn, daß er Namens seiner Enkelin wider seinen Schwiegersohn Schirmer einestheils klagbar geworden, anderntheils aber, daß er als Denunciant wider das Richteramt zu Kirchenlamitz aufgetreten sey. Eben so wenig kann es zweifelhaft seyn, daß bei der

Beurtheilung

beide verschiedene Gegenstände genau von einander abgesondert werden müssen.

§. XXI. In so fern nun der Rothgerber Friedrich Wolf als Kläger aufgetreten ist, ist derselbe einestheils zur Anstellung und Fortsetzung dieses Rechtsstreites nicht nur nicht berechtiget, sondern er hat auch anderntheils nicht einmal soviel ausgeführet, daß den Vormündern seiner Enkelin nachgelassen werden könnte, den Stiefvater in rechtlichen Anspruch zu nehmen; daher auch drittentheils dem Beklagten die vollständige Entschädigungsklage gegen diesen so auffallend zudringlichen Kläger vorbehalten werden muß.

§. XXII. Der Wolf ist zur Anstellung und Fortsetzung der erhobenen Klage zuvörderst gar nicht berechtiget. Denn es ist hinlänglich bekannt, daß die Legitimation der Parteyen zur Sache ein wesentliches Stück des Processes ist.

Danz Grundsätze des Processes §. 125.

Wenn daher Beklagter in seiner Beantwortung der anstatt Klage angenommenen Eingaben des Klägers diesen Mangel nicht gerüget, sondern sich ohne Vorbehalt auf die Klage eingelassen hat, so muß doch dieser wesentliche Mangel von Amtswegen berücksichtiget werden.

Danz a. a. O.

da dieser Abgang dadurch nicht berichtiget worden, daß ohne dessen Beachtung die königliche Regierung die Erörterung der Sache auf Commission gerichtet, und das delegirte Gericht dem Beklagten exceptivisch zu handeln aufgegeben hat, je gewisser es ist, daß diese Verfügungen nach den Grundsätzen der Proceßordnung zu verstehen sind. Für seine eigene Person macht Kläger an den Beklagten keine Ansprüche. Er kann auch dergleichen nicht machen, weil er sie sämtlich aus einer bei einem

vor-

vorgewesenen Erbsonderungsgeschäffte vorgeblich verursachten Verkürzung herleitet, welches nach dem Absterben des Eheweibes des Beklagten nothwendig geworden. Nicht nur hat Kläger nie auf ein ihm zustehendes Erbrecht Anspruch gemacht, sondern stets über eine Verkürzung geklagt, welche seine unmündige Enkelin dabei erlitten hätte. Für seine eigene Person ist er zu dieser Klage nicht legitimiret, kann sich auch dazu nicht legitimiren. Eben so wenig ist er als Vertreter seiner unmündigen Enkelin zum Proceß legitimirt, und nach der Beschaffenheit der vorliegenden Acten fähig, sich in dieser Rücksicht zum Proceß zu legitimiren, welches mit dem Mangel der Legitimation zur Sache von einer gleichen Wirksamkeit ist.

Danz a. a. O. §. 127.

§. XXIII. Denn, obgleich vermöge der Reichsgesetze

R. Poliz. Ordnung von 1548. tit. 31. §. 2. in der Samml. der R. A. 2tem Th. S. 603.
R. Pol. Ordn. von 1577. tit. 32. §. 2. ebend. 3ter Th. S. 394.

und derselben Gerichts-Interpretation die ordentlichen Obrigkeiten der Minderjährigen als derselben ordentliche gesetzliche Vormünder zubetrachten sind; obgleich nicht minder nach den Grundsätzen des angenommenen Justinianischen Rechts die accusatio tutoris suspecti als eine quasi publica

§. 3. Inst. de susp. tut. et curat.
L. 1. §. 6. D. ead.

von jedem angebracht werden kann, und dazu keine besondere Legitimation erforderlich, sondern es zureichend ist, wenn wider den Impetranten sich kein

dringender Verdacht einer gegen den Vormund obwaltenden Animosität ergiebet; und obgleich es nicht an Rechtslehrern mangelt, welche die Zulässigkeit der römischen accusationis suspecti tutoris in ihrem ganzen Umfange vertheidigen;

Schilter in praxi jur. rom. exerc. 37. §. 134-137.
Voet. comm. ad Pand. lib. 26. tit. 10. §. 8.
Mevius comm. ad jur. Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 5. num. 17—30.
Leyser spec. 336.

so ist es doch bis jetzt noch niemanden eingefallen, zu behaupten, daß eine solche römische accusatio tutoris suspecti wider einen deutschen obervormundschaftlichen Richter erhoben werden könne. So hat auch bis jetzt noch kein deutscher Rechtslehrer behauptet, daß, wenn etwa die deutsche Obrigkeit durch Vernachlässigung ihrer obervormundschaftlichen Pflichten Klagen und Beschwerdeführungen veranlassen sollte, diese Klagen und Beschwerdeführungen in Ansehung des legitimationspunctes nach der Natur der römischen accusationis tutoris suspecti beurtheilet werden müßten. Allein selbst im Sinne des römischen Rechts würde wider den Beklagten keine accusatio tutoris suspecti hier eintreten können. Der Beklagte ist weder Vormund der unmündigen Margarethen Steinwasserin, noch nach der gemeinen Rechtslehre als ihr Stiefvater fähig, die Gestalt eines Vormundes von ihr, und also eine Seite anzunehmen, auf welcher gegen ihn eine accusatio suspecti tutoris angestellet werden kann.

§. XXIV. So würde auch Kläger ferner weder als gesetzlicher Vormund, noch als vermuthlicher Actor, noch als ein Cognitor Juris berechtiget seyn, sich der Vertheidigung seiner unmündigen Enkelin als Kläger zu unterziehen, wenn sie auch

wirk-

wirklich, wie er behauptet (§. XIV.), bei der Erbsonderung von ihrem Stiefvater wäre verkürzet worden. Die bloße Verwandtschaft, und daß der Kläger der Großvater, nächster ehelicher Anverwandter und präsumtiver Intestaterbe der unmündigen Margarethen Steinwasserin ist, reicht nicht zu, ihn als Vormund derselben zu betrachten, da nach der deutschen Vormundschaftsverfassung niemand mehr ipso jure Vormund eines Minderjährigen ist, sondern dazu obrigkeitliche Bestätigung erfordert wird.

Poliz. Ordn. von 1548. tit. 31. §. 2. a. a. O.
Poliz. Ordn. von 1577. tit. 32. §. 2. a. a. O.

So enthalten die Acten, daß mit Uebergehung des Klägers der Dürrschmidt und Stöhr zu Vormündern bestellet, und ihnen die Verwaltung der Steinwasserischen Vormundschaft von der gebührenden Obrigkeit übertragen und anbefohlen worden (§. II.).

§. XXV. Ueberdies stehet dem Kläger und dessen Legitimation der Abgang des erforderlichen Decreti de agendo eben so sehr als der Abgang eines Auftrages, Namens seiner Enkelin wider ihren Stiefvater zu klagen entgegen. Nach der gemeinen Vormundschafts- und Gerichtseinrichtung ist es schon einem Vormunde nicht erlaubt, Namens seines Pflegbefohlenen nach seiner Willkühr ungegründete Rechtshändel anzufangen, und seinen Pupillen in weitaussehende Streitigkeiten zu verwickeln. Und nach der in den Gesetzen Deutschlands besonders begünstigten natürlichen Billigkeit bedarf der Vormund eines solchen Decreti de agendo selbst dann noch, wenn der Rechtsstreit auf des Vormundes alleinige Kosten geführet werden soll. Denn da die Gefahr des Ausgangs und die Wir-

kung

kung der Rechtskraft der in der Sache erfolgten Erkenntnisse jederzeit den Unmündigen treffen würde: so kann nicht bezweifelt werden, daß die Führung eines solchen Rechtsstreits eine Art der Verwaltung eines Theils des Vermögens des Unmündigen ist, welche Verwaltung aber unter den Augen der obervormundschaftlichen Obrigkeit nach bekannten Reichsgesetzen so geführet werden muß, daß die Obrigkeit beständig von der Art, wie sie geführet wird, unterrichtet seyn könne. Und obschon bei den ehelichen Anverwandten in aufsteigender Linie, die Gesetze, wenn diese statt ihrer Nachkömmlinge erscheinen, einen Auftrag vermuthen.

L. 35. pr. D. de procurat.
L. 3. §. 3. D. judic. solvi.

so kommt doch dieses dem Kläger nicht zu statten. Denn diese angeführten Gesetze setzen immer einen Prinzipal zum voraus, der einen gültigen Auftrag ertheilen konnte. Dieses kann im vorliegenden Falle von der unmündigen Steinwasserischen Tochter nicht gesagt werden.

§. XXVI. Der Kläger kann auch ferner nicht als cognitor juris zugelassen werden. Denn der unmündigen Steinwasserischen Tochter mangelt weder Defensor ordinarius, noch ist der Gegenstand von einer so dringenden Beschaffenheit, daß, wenn der Kläger zur Ausführung der angeblichen Ansprüche seiner minderjährigen Enkelin nicht zugelassen und dieser Rechtsstreit nicht fortgesetzt würde, für die Unmündige ein unwiederbringlicher und nicht zu berechnender Schade zu besorgen wäre. Denn angenommen, daß sich der Beklagte auf die vom Kläger angegebene Art mit dem Schaden der Unmündigen wirklich widerrechtlich bereichert hätte, so ist

so

ſo wenig eine amiſſio juris et actionis zu beſorgen, daß dadurch eine Urſach begründet werden kann, der Einmiſchung eines Fremden nachzugeben.

L. 123. pr. D. de D. R. I.
L. 36. D. eod.

§. XXVII. Wäre aber auch Kläger ein beſtellter Vormund ſeiner Enkelin, ſo hat er doch ſo wenig zur Begründung einer Namens ihrer wider ihren Stiefvater anzuſtellenden Klage angeführet, daß ihm nicht einmal zu derſelben Anſtellung die erforderliche obervormundſchaftliche Erlaubniß gegeben werden konnte. Die Unmündige würde allerdings berechtiget ſeyn, mit einem Vernichtigungs- und Wiedereinſetzungsgeſuche hervorzutreten, wenn die deshalb von dem Kläger (§. XIV.) angegebenen Urſachen erweislich gemacht werden könnten. Es würde aber auch allerdings eine unverzeihliche Sorgloſigkeit einer obervormundſchaftlichen Obrigkeit anzeigen, wenn ſie einem Vormunde die von ihm nachgeſuchte Erlaubniß, Namens des Pupillen zu klagen, ertheilen wollte, welcher der Obervormundſchaft keine andere Beweismittel anbieten könnte, als der Kläger in den bisherigen Verhandlungen, obwohl nur vorläufig, namhaft gemacht hat. Das ganze Gebäude der vom Kläger angebrachten Beſchwerden und Klagen ſtützet ſich auf den factiſchen Grundſatz:

> die von dem Richteramte Kirchenlamitz eingeſandten gerichtlichen Inventur- und Theilungsacten verdienen keinen juriſtiſchen Glauben, weil der Richter die Acten theils verfälſchet, theils widerrechtlich und parteyiſch, da er vom Beklagten beſtochen worden, dabei verfahren hat.

Be-

Beklagter hat aber die Wahrheit dieses Grundes gänzlich in Abrede gestellet. Nun hat sich zwar Kläger mehrmals geäußert, daß er sich seine Behauptungen zu beweisen getraue, dabei aber jederzeit blos der Eideszuschiebung als des dazu ihm offenstehenden Beweismittels erwähnet. Siehet man aber die von dem Richteramte Kirchenlamitz eingesandten Acten an, so zeiget sich daran kein solcher sichtbarer Mangel, daß sie der öffentlichen Glaubwürdigkeit nicht würdig seyn sollten. Darin befindet sich zwar das gerichtliche Protocoll nicht, auf dessen Grunde der Steinwasserisch-Schirmerische Ehebrief ist ausgefertiget worden, auch keine Nachrichten, daß dieser Ehebrief von den Contrahenten genehmiget worden (§. VI.). Aber einestheils ist hierüber der Richter noch nicht vernommen worden, und es ist darum noch nicht für eine ausgemachte Wahrheit anzunehmen, daß, weil sich in diesen Acten dieses Aufnahmeprotocoll nicht findet, dergleichen überhaupt nicht gefertiget und vorhanden seyn sollte. Dieses Geschäffte ist nemlich von der Steinwasserischen und Schirmerischen Inventur und Theilungsgeschäffte zu wesentlich unterschieden, als daß gesagt werden könnte, daß die über die Errichtung des Steinwasserisch-Schirmerischen Ehevergleichs vom 1ten Nov. 1790. abgehaltenen Registraturen als Theile der Steinwasserischen und Schirmerischen Inventur und Theilungsacten angesehen werden könnten, deren Einsendung diesem Richteramte von dem delegirten Gerichte ist aufgegeben worden (§. XVII.). Anderntheils ist nach der deutschen Gerichtspraxis die Gültigkeit und Glaubwürdigkeit einer über eine Gerichtshandlung willkührlicher Gerichtsbarkeit ausgefertigten Urkunde bei dem Abgange besonderer Landesgesetze die Abhal-

tung

tung eines besondern Aufnahmeprotocolls und Zuziehung des Actuars in der Regel nicht erforderlich.

Leyser spec. 71. med. 5. 6.

Wenn daher auch angenommen wird, daß der Steinwasserisch-Schirmerische Ehebrief vom 1ten Nov. 1790. nicht auf dem Grunde eines mit Zuziehung des Gerichtsschreibers gefertigten Protocolls abgefaßt und ausgefertiget worden wäre, so würde darum noch nicht dieses bei den Gerichtsacten befindliche Concept in Ansehung zweyer streitenden Privatpersonen die Beweiskraft eines Documenti publici in archivo existentis verlieren;

Leyser spec. 266. med. 2. 5.

am wenigsten aber daraus gegen dieses Concept und die darnach gefertigte Urkunde ein Verdacht der Verfälschung,

Struben 4ter Th. Bed. 104.

und noch dazu in einem solchen Umfange entstehen, daß die ganze Actensammlung alle Glaubwürdigkeit gerichtlicher Acten verlöhre. So lange es nun wahr bleibt, daß an sich kein Verbrechen vermuthet werden kann, daß mithin jeder Richter die besondere Vermuthung der Rechtschaffenheit, und daß er gesetzmäßig verfahren habe, in der Maaße für sich hat, daß das Gegentheil durch vollgültige Zeugen oder untadelhafte Documente erwiesen werden muß;

Leyser spec. 71. med. 14. 15. spec. 261. med. 1.

so ist es offenbar, daß der angenommene Klagegrund durch Eideszuschiebung nicht erwiesen werden könne, und daß die bisherigen rechtlichen Verhandlungen keine solche Beweismittel darstellen, als diejenigen seyn müßten, welche den obervormundschaft-

schaftlichen Richter gegen eine Injurienklage schützen sollten, wenn er darauf das bei ihm vom Vormunde nachgesuchte Decretum de agendo bauen wollte.

Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts §. 305. Note o. S. 628.

§. XXVIII. Bei so bewandten Umständen kann demnach der Kläger zum Beweise seiner Klage nicht gelassen werden. Denn angenommen, daß er Beweismittel hätte, wodurch der vom Beklagten in Abrede gestellte Klagegrund wirklich erwiesen werden könnte, so würde doch diese Zulassung zum Beweise in eine von den Gesetzen verbotene Begünstigung einer unerlaubten Einmischung in fremde Angelegenheiten ausarten,

L. 36. 123. pr. D. de D. R. I.

und einen wegen des offenbaren Mangels der Legitimation unnützen Rechtsstreit verlängern. Hat der Kläger zureichende Beweismittel, so muß er sie durch die Vormünder seiner Enkelin der Prüfung des gebührenden Richters vorlegen lassen, und abwarten, ob dieser solche so geartet findet, daß eine Wahrscheinlichkeit vorhanden sey, damit im Wege Rechtens durchzukommen.

§. XXIX. Nicht minder ist Kläger zur vollständigen Entschädigung derjenigen gehalten, welche er durch seine Zudringlichkeit in Schaden gesetzt hat. Durch seine ungegründete Klage, Beschwerdeführung und Berufungen, hat er die Vollstreckung der Schirmerischen Erbsonderung, die wirkliche Vertheilung und Abmarkung der erbschaftlichen einzelnen Ländereyen und dieses verhindert, daß die beiden Erben der verstorbenen Ehefrau des Beklagten nicht aus der Gemeinschaft dieser Ländereyen kommen können. (§. XI. XIV. b.) Er selbst aber gestehet, daß diese noth-

nothwendige Gemeinschaft der Ländereyen ihre Benutzung in ihrem ganzen Umfange hindern. Der Beklagte führet dieselbe Klage, und dringet daher auf die Bewirkung der wirklichen Absonderung und Ueberweisung jedes solidarischen Antheils der Ländereyen. Daß also die durch des Klägers Zudringlichkeit nothwendig gewordene Fortsetzung dieser Ländereygemeinschaft die beiden Erben und Gesamteigenthümer in Schaden gebracht, kann daher eben so wenig zweifelhaft seyn, als daß Kläger solchen, sowohl dem Beklagten, als seiner unmündigen Enkelin, zu ersetzen verbunden ist.

§. XXX. Da aber die königliche Regierung in Ansehung der von dem Kläger angezeigten Vergehungen des Amtsrichters Wiesener sich die nähere Beurtheilung dieser Denunciation sowohl, als auch die erforderlichen Verfügungen und Erkenntnisse ausdrücklich vorbehalten hat (§. XIV.): so kann über den zweyten Hauptgegenstand dieser rechtlichen Verhandlungen (§. XX.) mit Rechtsbestand von uns noch nicht erkannt werden.

XLII.

Beispiel einer blos scheinbaren Verwandlung schuldiger Frohndienste.

An die Gerichte zu Kirschkau. Als der Herr und dieselben uns erstatteten Bericht, nachgelassene Ausführung und übergebene Beantwortung, in Sachen des Wirthschafters des Waisenhaus-Ritterguts Kirschkau, Conrad Heinrich Mells daselbst, Imploranten, an einem, wider die Pferdefrohner Johann Peter Kogler zu Lössau und dessen in den Acten benannten Streitgenossen, Imploraten, am andern Theile, in einem anbei zurückkommenden Actenbande zugesendet ꝛc.

Daß Imploraten soviel nicht ausgeführet, daß sie mit der frohnmäßigen Anfuhr der sieben Fuder Streu von den ums Lohn gefällten Lachterhölzern zu verschonen, vielmehr ist jeder der Imploraten gehalten, außer dem Streu von allem Holze, so Imploraten und die Handfröhner zur Receßmäßigen Frohne gemacht, annoch sieben Fuder Streu zu führen, ohne Unterschied, ob diese Streu Schneidelstreu, oder Streu von ums Lohn gemachtem Lachterholze ist. V. R. W.

Gründe.

Die Imploraten haben nicht nur einen gerichtlich bestättigten Frohntransact eingereicht, vermöge dessen sie von allem Holz, so sie und die Handfröhner zu machen schuldig, alle Streu, und hierüber

über jeder noch sieben Fuder Schnedelstreu, das ist solche, welche durch Ausputzen der Waldbäume gemacht wird, zu führen gehalten sind, sondern sie haben auch zum Ueberfluß diese ihre Frohnpflicht zu wiederholtenmalen anerkannt. Sie gestehen dabei, daß in Ansehung der Streu, welche von dem Holze fällt, das sie und die Handfröhner zu machen schuldig sind, ihre Frohnstreufuhrenpflicht, in Rücksicht auf die Zahl der Fuhren, unbestimmt sey. Dagegen räumen Imploranten, als Dienstherren, ein, daß in Rücksicht der Streu, welche auf eine andere Art, als von dem frohnsweise von den Imploraten und den Handfröhnern gemachten Holz fällt, die Streufrohnenfuhrenpflicht der Imploraten in Ansehung der Zahl der zu leistenden Frohnfuhren bestimmt sey. Implorantischer Seite wird ferner nicht in Abrede gestellet, daß, wenn zum Wirthschaftsbedarf die Streu nicht zureicht, welche von dem ums Lohn gemachten Lachterholze, und von demjenigen Holze fällt, welches Imploraten und Handfröhner zur Frohne zu machen schuldig sind, zur Schonung des Waldes jetzt weiter keine Schnedelstreu gemacht werde. Es gestehen endlich Imploraten freymüthig, daß Schnedelstreu nicht leichter einzufahren sey, als diejenige, welche von dem Lachterholze gesammlet wird, welches ums Lohn gemacht worden. Bei diesem unbezweifelten Verhältnisse, welches wegen der Frohnen zwischen den Imploranten und den Imploraten stattfindet, scheinet es, daß Imploraten das ihnen angesonnene Einfahren zur Frohne von der Streu, welche von dem ums Lohn gemachten Holze fällt, als eine Frohnprägravation zu verweigern wohl befugt wären. Es könnte zu dem Ende angeführet werden, daß diese Frohnenart von den Imploraten mittelst eines

Transacts übernommen worden, wodurch ehedem große Weiterungen beseitiget worden, welche der Frohnen halber zwischen den Frohnherrn und den Frohnpflichtigen entstanden waren. Es ist bekannt, daß Transactionsrechte in Rücksicht des Berechtigten strictissimae interpretationis sind. So scheinet auch den Imploraten zu statten zu kommen, daß der Transact die Imploraten nur zur Einfuhr der Schnedelstreu verpflichtet, von ihnen jetzt aber nicht verlanget werde, Schnedelstreu einzuführen, sondern eine andere Art, als von der der angezogene Transact redet, und daß es der implorantischen Anforderung an einem Rechtsgrunde gänzlich ermangele, besonders da einestheils die Frohnen selbst von den neuern billigerdenkenden Gesetzgebern nicht begünstiget werden, anderntheils es allgemeinen Rechtens ist, daß die Verwandlung der Frohnen ohne Einwilligung der Frohnpflichtigen nicht erlaubt sey, drittentheils die nicht angesagten Frohnen dem Frohnpflichtigen zu gute kommen, daher es auch diesem zum Vortheil gereichen und ihm einen nothwendigen Erlaß der Frohndienste verschaffen müsse, wenn der Frohnherr die bestimmten Frohnen nicht mehr gebrauchen, und daher den Frohnpflichtigen zur Leistung nicht auffordern könne, welches hier der Fall sey, da in der Kirschkauer Forstwirthschaft das Schnedelstreumachen abgeschafft worden. Allein alles dieses kann die Imploraten nicht berechtigen, von der Streu, welche von dem ums Lohn gemachten Lachterholze fällt, diejenigen sieben Fuhren zur Frohne einzuführen, die jeder von ihnen einführen müßte, wenn nach der Forstöconomie Schnedelstreu gemacht würde. Ihre Verbindlichkeit gründet sich auf einen Transact und eine wechselseitige Willensäußerung. Wenn die Streu, welche von dem

dem Holze fällt, was Imploraten und die Handfröhner zu machen schuldig sind, zur Bestreitung des Wirthschaftsbedarfs schon 1663, in welchem Jahre der Transact zu Stande kam, zureichend gewesen wäre, so würden sich die Frohnherrn gewiß damit begnügt haben, daß die Vorfahren der Imploraten es übernahmen, alle diese Streu einzuführen. Sie würden sich die Abschließung eines Transacts nicht durch Bedingung einer Art Frohnen erschweret haben, welche nicht nur ihnen an sich unnütz, sondern auch wegen der Kosten, welche das Schnedelstreumachen nothwendig machte, schädlich werden mußten. Sie müssen daher schon damals gefunden haben, daß der Haushalt noch so viel Schnedelstreu wenigstens erfordere, als jeder Frohnpflichtige Pferdefröhner mit sieben Fuhren einfahren könne. Die Absicht der transigirenden Frohnherrschaft ist daher sichtbar, sich und ihren Nachkommen die Anfuhre der in der Wirthschaft erforderlichen Streu zu versichern. Allein auf der andern Seite müssen entweder die transigirenden Vorfahren der Imploraten schon eingesehen, oder in Voraussetzung einer Wirthschaftsverstärkung befürchtet haben, daß es ihnen oder ihren Nachkommen zu schwer fallen dürfte, wenn sie die frohnpflichtige Anfuhre aller in der Wirthschaft benöthigten Streu uneingeschränkt übernähmen. Ihnen lag daran, sich und ihre Nachkommen zu sichern, daß sie in Ansehung der zu übernehmenden frohnpflichtigen Streuanfuhre in der Zukunft nicht übersetzt würden; daran aber konnte ihnen natürlich nichts gelegen seyn, ob die erforderliche Streu durchs Ausschnedeln der Waldbäume erhalten, oder von gefällten Bau- oder Brennholzbäumen gewonnen ward. So kamen die streitenden Parteyen in dem geschlossenen Trans-

acte überein, dessen Sinn kein anderer ist, als: die transigirenden Frohnpflichtigen übernehmen die Anfuhre einer bestimmten Quantität Streu. Die Bestimmung der Quantität hatte nur allein für die Frohnpflichtigen ein Interesse, nicht die Qualität, so wie diese noch jetzt für die Imploraten oftgeständigermaßen kein Interesse hat. Man wählte ein doppeltes Bestimmungsmittel der Quantität. Einmal, das Holz, was die Fröhner zu machen schuldig sind, ohne Berücksichtigung der Anzahl der Fuhren, welche die Anfuhr dieser Art Streu erfordern möchte. Weil die Frohnherrschaft damit nicht auszukommen sich getrauete, so ward zweytens die Anzahl der Fuhren zum Bestimmungsmittel gewählt. Man mußte sonach bei der Behandlung und Abschließung des Transacts nothwendig an zwey Hauptarten der Frohnweis von den Imploraten anzufahrenden Streu denken. Der Ausdruck, mit dem man jede Hauptart der anzufahrenden Streu bezeichnete, war, da die Absicht beider transigirender Parteyen deutlich genug bemerkt war, nunmehro gleichgültig. Und wenn daher die eine Art Schnedelstreu genannt ward, konnte man bei dieser Lage des Geschäffts nicht glauben, daß man mit diesem Bezeichnungszeichen, das man für die Hauptart gewählt hatte, den Begriff einer Unterart dereinst verbinden würde. Dieses bringt daher die Ueberzeugung ab, daß die nähere Entwickelung der unter der Schnedelstreu als Hauptart enthaltenen Unterarten und niedern Begriffe weder für die damaligen Transigenten, noch den Verfasser der darüber aufgesetzten Urkunde von irgend einem Belange war. Es würde daher den Grundsätzen einer richtigen Erklärungslehre nicht gemäß seyn, wenn man jetzt den Ausdruck Schnedelstreu für ein

Sym-

Symbol einer Unterart nehmen, und damit einen Begriff verbinden wollte, der die Absicht der Transigenten unvollkommner darstellt, als wenn er für das Zeichen einer Hauptart genommen wird, in welcher Deutung er dem Leser der Urkunde die Absicht der Transigenten vollständig und in ihrem ganzen Umfange vor Augen legt. Diese weitläuftigere Bedeutung des Wortes Schnedelstreu muß um so mehr für die alleinwahre angenommen werden, je rechtlicher es ist, daß eine jede Urkunde so erkläret werde, wie es der erwiesenen Absicht ihres Verfassers und Urhebers am angemessensten ist, und mit der Billigkeit am meisten übereinstimmt. Diese natürliche Billigkeit würde aber bei der von Imploraten aufgestellten Auslegung dieses Transacts gar sehr ins Gedränge kommen. Denn die Frohnherrschaft würde dadurch in die Alternative gesetzt, sich entweder zum unforstwirthschaftlichen Ausschnedeln der Waldbäume, oder zur Aufgebung ihrer Befugniß, von jedem der Imploraten jährlich sieben Frohnfuhren zu fordern, zu entschließen. Angenommen, daß jene Alternative durch Landesforstordnungen nicht verboten ist, so ist doch ihre Schädlichkeit von allen Forstverständigen anerkannt. Der andern Alternative aber widersprechen die Gesetze noch deutlicher.

L. 172. §. 1. D. de R. J.

Die Imploraten, deren Lage geständigermaßen nicht härter wird, wenn der Ausdruck Schnedelstreu als Zeichen des Begriffs einer Hauptart genommen wird, suchen ferner eine Milderung ihrer receßmäßigen Frohnpflichtigkeit, wenn sie diesen Ausdruck für ein Symbol der Unterart nehmen. Sie suchen also einen Vortheil, der ohne Verlust der Frohnherrschaft nicht zu erreichen stehet, und den jene von

sich abzuwenden berechtiget und gewillet ist. Wenn aber der eine de lucro captando, der andere aber de damno vitando streitet, so soll nach den Rechten für diesen und wider jenen gesprochen werden. Alles, was in den Zweifelsgründen für die Implo-raten angeführt worden ist, findet demnach im vorliegenden Falle keine Anwendung. Denn, wenn auch Transacte strenge erkläret werden müssen, so muß doch auch diese strenge Erklärung die einzige erweislich wahre seyn, und die strenge Erklärung sofort verlassen werden, sobald sich überwiegende Gründe zeigen, daß die strenge Erklärung den Sinn der Transigenten nicht darstelle. So mögen auch die Gesetze das Frohnrecht noch so wenig begünstigen, so lange sie Frohnen aber nicht verbieten, sondern noch ein Frohnrecht anerkennen, so lange muß der Inhaber eines Frohnrechts dabei in seinem gesetzmäßigen Umfange geschützt werden, und der von Imploraten selbst beigebrachte Receß begründet das implorantische Verlangen. So widerrechtlich auch eine einseitige Verwandlung der Frohnen immer ist, so wenig ist im vorliegenden Falle eine solche Verwandlung erfindlich. Die Rede ist von der Leistung derselben, und solcher Frohnen, deren Leistung die Vorfahren der Imploraten so feyerlich übernommen und angelobet haben; deren Versagung daher desto widerrechtlicher ist, als Imploraten eben dadurch die Vorschrift der natürlichen Billigkeit, quod tibi non nocet, alteri utile facias, so geradezu übertreten.

XLIII.

1) Wer einem recipirten Advocaten die Betreibung seiner Rechtssache übergeben hat, muß nach deutschem Gerichtsbrauch gegen die Nothfristen in den vorigen Stand gesetzt werden, welche der Anwald versäumet hat.

2) Die Bestimmung des generis actionis institutae ex jure et facto lehret den Richter, wie und was er erkennen müsse.

An das Hofgericht zu Stade.

Auf eingewandtes Rechtsmittel der Supplication, desselben Rechtfertigung und dagegen vorgeschützte Ausflüchte, in Sachen der Halb- und Viertel-Höfner, Claus Augustin, Hinrich Kleesang, Hinrich Lühmann, Stoffer Elmers, Johann Dammann und Jürgen Ficke, zu Ottensen, Beklagten, Appellaten und Supplicaten, nun aber Supplicanten, an einem, wider die Voll- und Dreyviertel-Höfener, Harm Dammann, Joachim Ficke, Johann Merkens, Hinrich Augustin und Steffen Merkens, ebendaselbst, Kläger, Appellanten und Supplicanten, jetzt aber Supplicaten, am andern Theile, erkennen ꝛc.

Nunmehro aus den Acten und der Parteyen Vorbringen soviel zu befinden, daß mit völliger Aufhebung des am 4ten Jun. 1794. eröffneten Urtheils

theils die am 1 Oct. 1792. eröffnete Appellationssentenz in ihrem ganzen Umfange wiederherzustellen. V. R. W.

Gründe.

Nachdem Supplicanten in der ersten Instanz mittelst des am 24sten Aug. 1791. eröffneten Erkenntnisses von der wider sie erhobenen Klage freygesprochen, Supplicaten aber zum Kostenersatz verurtheilet worden sind, haben zwar Supplicaten dagegen die Berufung eingewandt; es ist aber in der am 1ten Oct. 1792. eröffneten Appellationssentenz unter nochmaliger Verdammung der Supplicaten in die Kosten, das vorige Erkenntniß bestätiget worden. Hiergegen wandten die Supplicaten das Rechtsmittel der Supplication ein, und vermöge des darauf am 4ten Jan. 1794. eröffneten Erkenntnisses ist die erhobene Klage nur als angebrachtermaßen unstatthaft verworfen, und die Compensation sämtlicher Proceßkosten erkannt worden. Supplicanten haben dieserwegen nun auch auf ihrer Seite das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solches fortgesetzt, und weil sie sich an der Einbringung der Rechtfertigungsschrift versäumet, deshalb um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten. Da dieses Gesuch zum Haupterkenntnisse mitausgesetzet worden ist; so macht die Zu- oder Unzulässigkeit dieses Restitutionsgesuches, nebst der Frage, ob das am 1ten Oct. 1792. eröffnete Appellationserkenntniß wieder herzustellen, oder die am 4ten Jan. 1794. eröffnete Sentenz zu bestätigen sey, den Streitpunct des gegenwärtigen Rechtsganges aus. Was nun zuvörderst

1) das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrifft; so kann dieses den Supplicanten

canten billiger Weise nicht abgeschlagen werden. Supplicanten haben sich, von Anfang des Processes an, einem approbirten Advocaten als ihrem gelehrten Sachführer anvertrauet, und nachdem durch die Berufung die Sache an das Königl. Hofgericht gelanget, so ist durch dessen Verfügung der Legitimationspunct zu den Acten vollständig berichtiget worden. Supplicanten haben daher, als der Rechte unkundige Leute, alles gethan, was wegen ordnungsmäßiger Ausführung ihrer Rechtsansprüche mit Billigkeit von ihnen gefordert werden konnte.

L. 9. §. 3. D. de jur. et fact. ignor.

Wenn sie sich wegen des Ganges des Processes nun gänzlich auf ihren Sachführer verließen: so konnte ihnen dieses nicht als ein übertriebenes Zutrauen angerechnet, sie einer Nachlässigkeit beschuldiget, noch ihnen zur Last gelegt werden, daß sie sich mit der Berechnung der zur Einbringung ihrer Rechtfertigung gesetzten Nothfrist und der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit oder Unstatthaftigkeit ihres angebrachten Gesuchs um Verlängerung derselben nicht weiter abgaben. Die sich aus den Acten ergebende Verspätigung ist eine Folge des Benehmens des Sachführers der Supplicanten, welche darunter allein leiden würden, wenn nach der Strenge des Rechts das eingelegte Rechtsmittel der Supplication für erloschen erkläret würde. Wegen der eintretenden sichtbaren Billigkeit kann daher den Supplicanten die von ihnen nachgesuchte Wiedereinsetzung gegen die nicht abgelaufene Nothfrist nicht abgeschlagen werden, da sich aus der Beurtheilung der Hauptsache ergeben wird, daß die letztere Sentenz wieder aufgehoben, und das Appellationserkenntniß wieder hergestellet werden muß. Sed damnum litis ut ferat cliens ob negligentiam procuratoris

toris in obſervandis formalibus proceſſus duriſſimum foret et juſtitiae non conſentaneum;

de Cramer obſerv. jur. univ. Tom. II. Part. 2. obſ. 593.
Gail. lib. II. obſ. 45.
Struben's rechtl. Bed. 1 Th. Bed. 52.
Tafinger in inſt. jurispr. cam. §. 932.

daher auch ſogar in ſolchen Fällen die Parteyen brevi manu pflegen gegen dergleichen Verſpätigungen in den vorigen Stand eingeſetzet zu werden.

de Ludolf obſ. 255.
Klock in relat. camer. XX. n. 8. et 9.

II) Die Entſcheidung in der Hauptſache fließt aus der Entwickelung der Natur der erhobenen Klage und ihres Grundes ab. Die Supplicaten geſtehen in ihrer Imploration den Supplicanten die Befugniß zu, mit ihren Schaafen das Dreiſch- und Brachland zu beweiden, welches aus durcheinander liegenden Grundſtücken der Supplicanten und Supplicaten beſtehet. Dieſe Befugniß machen auch Supplicaten noch bis jetzt den Supplicanten nicht ſtreitig. Der Urſprung dieſer Befugniß iſt daher eben ſo wenig ein Gegenſtand dieſes Rechtsſtreits, als die Recht- oder Unrechtmäßigkeit der gemeinſchaftlichen wechſelſeitigen Behütung mit Schaafen des aus durcheinander liegenden einzelnen Ackerſtücken der Supplicanten und Supplicaten beſtehenden Dreiſch- oder Brachlandes. Die Supplicaten haben ihren Klageantrag weder darauf gerichtet, daß erkannt werden ſoll, daß ihre dreſchliegenden Ackerſtücke von den Supplicanten mit ihren Schaafen nicht zu beweiden und zu behüten, noch haben ſie ihre erhobene Klage auf die natürliche Freyheit ihrer einzelnen in der Dreiſch oder Brache liegenden Ackerſtücke gegründet. Es mangelt alſo in aller

Hin-

Hinſicht der von Supplicaten angeſtellten Klage das weſentliche Kennzeichen einer Negatorienklage.

Juſt. Henn. Boehmer in doctr. de action. Sect. II. cap. 2. §. 40. ſq.

Dieſe abgehenden Erforderniſſe zu einer Negatorienklage werden dadurch nicht erſetzt, daß die Supplicaten in ihrer Appellationsrechtfertigungsſchrift behaupten, daß ſie actionem negatoriam angeſtellet hätten. Es bedarf keines Beweiſes, daß bei Beurtheilung des generis actionis inſtitutae die Benennung nicht zum Grunde gelegt werden könne, welche der klagende Theil im Fortgange der rechtlichen Erörterung ſeiner Klage beizulegen für gerathen findet. Eben ſo wenig kann das mildrichterliche Amt und die Wirkſamkeit der clauſulae ſalutaris ſo weit ausgedehnet werden, daß ſtatt der angeſtellten Klage, der es an einem Rechtsgrunde gebricht, eine andere nicht angeſtellte Klage darum ſubſtituiret und darnach die Rechtsſache entſchieden werden könne, weil vielleicht eine ſolche beſſer begründet ſcheinende Klage hätte angeſtellet werden können. Angenommen alſo, daß die Supplicaten mit den Supplicanten wegen der Benutzung des aus durcheinanderliegenden einzelnen, theils den Supplicanten, theils den Supplicaten zuſtändigen Ackerſtücken beſtehenden Dreiſch- und Brachlandes, in einem ſolchen rechtlichen Verhältniſſe ſtünden, daß ſie eine wechſelſeitige Beweidung mit den Schaafen zu leiden nicht ſchuldig, mithin wohl befugt wären, deshalb gegen die Supplicanten mit einer Negatorienklage hervorzutreten; ſo könnte doch dieſes nicht hinreichen, die wirklich angeſtellte Klage, welche keine Negatorienklage iſt, in eine Negatorienklage zu verwandeln. Zwar iſt es bekannt genug, daß es zu den Eigenthümlichkeiten der Berufung gehö-

ret,

ret, daß der Appellant von dem beneficio nondum deducta deducendi et nondum probata probandi einen freyen Gebrauch machen könne, und daß dadurch die Sache in den Stand der litiscontestation zurückgebracht werde;

Schaumburg in princ. prax. judic. Lib. 1. Sect. 2. cap. 2. §. 10. not. ***.
Danz Grundſ. des Proceſſes §. 416.

aber dieſes Vorrecht der Appellation erſtreckt ſich nicht ſo weit, daß der Appellant die ganze Klage ändern könne. Und wäre auch dieſes wirklich zuläſſig; ſo würde es doch den Supplicaten nicht zu ſtatten kommen können. Sie behaupten blos eine Negatorienklage angeſtellet zu haben, ohne den Verſuch zu machen, die ihrer Klage abgehenden zu einer Negatorienklage nothwendigen Erforderniſſe in ihrer Appellationsrechtfertigungsſchrift nachzuholen. Alles, was daher vielleicht in appellatorio ſtattfinden könnte, wenn die Supplicaten eine Negatorienklage angeſtellet hätten, kann im vorliegenden Fall keine Anwendung finden. Dieſem ſtehet nicht entgegen, daß die Supplicaten den Supplicanten die wechſelſeitige Behütung des Brachlandes mit Schaafen zwar bis Mariä Verkündigung, nicht aber nach dieſem Termin, geſtatten wollen, und doch bekannt ſey, daß actio negatoria in tantum inſtitui poſſit, ſi dominus ſervitutis forſan in praejudicium domini proprietatis ſervitutem augere intendat.

L. 14. pr. D. ſi ſerv. vindic.
Boehmer l. cit.

Allein auch in dieſem Falle muß einestheils die natürliche Freyheit der belaſteten Sache, anderntheils die widerrechtliche Ausdehnung der Dienſtbarkeit zum Klagegrunde gemacht werden. Keines von beiden aber haben die Supplicaten zur Begründung

ihrer

ihrer Klage angeführet. Wie überhaupt das in Deutschland so gewöhnliche Compascuum verschiedene Ursachen hat, so auch macht die untermischte Lage der säebaren Grundstücke, welche die Feldfluren der deutschen Dörfer bilden, dieses Compascuum besonders bei denen Dörfern fast nothwendig, welche den Abgang der ungetheilten gemeinen Weideplätze durch die unbestellt gebliebenen Ackerländereyen oder Brachländer ergänzen müssen, um ihrem weidenden Viehe den Unterhalt zu verschaffen, besonders demjenigen, dessen Natur, wie die der Schaafe, mit der Stallfütterung nicht verträglich ist. Die hierunter herrschende Abweichung der römischen Einrichtung und Landöconomie von der deutschen, ist die Ursach, daß die Grundsätze des römischen Rechts wegen des Compascui mit so grosser Vorsicht in Deutschland und auf das deutsche Compascuum angewendet werden müssen. Wenn es daher nach den bei dem römischen Rechte zum Grunde liegenden Grundsätzen der Ackeröconomie, besonders wie sie auf dem platten Lande betrieben ward, das Compascuum in agris als eine der Ackerwirthschaft schädliche Einrichtung erscheinet, und wenn sie sich erweislich nicht auf ein Dienstbarkeitsrecht gründet, dem Wiederrufe unterworfen ist, daher auch nach den Ideen der justinianischen Rechtsbücher im zweifelhaften Falle das jus compascui als eine Art des Precarii erscheinet; so läßt sich dieses auf das Compascuum, wie es unter den einzelnen Dorfflurgenossen in Deutschland so häufig vorkommt, nicht anwenden. Ohne dieses Compascuum würde in Deutschland nach der Einrichtung der Dörfer der Weidegang, und der für den Ackerbau so unumgänglich nothwendige Viehstand eines Dorfes oft nicht bestehen können. Kommt daher auch in

Deutsch-

Deutschland gleich das compascuum jure precarii et mutuae familiaritatis obtinens vor; so kann doch einestheils in Deutschland nicht vermuthet werden, daß das unter den einzelnen Bauern eines Dorfs, welche Genossen einer vermischten Dorfflur sind, obwaltende Compascuum in agris et pratis divisis jure precario et mutuae familiaritatis eingeführet worden, oder daß solches anderntheils dem willkührlichen einseitigen Wiederrufe eines einzelnen Interessenten unterworfen sey, und drittentheils kann es auch nicht als durchgängig richtig angenommen werden, daß das compascuum inter rusticos als eine das Aufkommen der Bauerwirthschaft hindernde Einrichtung mehr eingeschränket, als begünstiget werden müsse. Wenn daher ein einzelner Interessent eines solchen unter den deutschen Bauern wirklich subsistirenden Compascui entweder in possessorio gegen den andern Interessenten das interdictum de precario, nach Anleitung

L. 2. pr. §. 1. 2. D. de precar.

oder in petitorio actionem utilem de praescriptis verbis nach Maaßgabe

L. 2. §. 2. und
L. 19. §. 1. D. eod.

anstellen will; so muß er im letztern Fall precariam qualitatem juris compascui, quod reus exercet, deutlich zur Begründung seines Klageanspruchs anführen, bemerken, daß er von seinem Rechte des Wiederrufs einen Gebrauch gemacht, dem Beklagten das Compascuum aufgekündiget, und deshalb klagbar zu werden bemüßiget worden sey, weil beklagter Theil des Klägers Recht nicht anerkennen wolle, das bisher jure precario et familiaritatis mutuae subsistirende Compascuum aufzukündigen.

Just. Henn. Boehmer l. c. Sect. 2. cap. 4. §. 60.

Von

Von diesen wesentlichen Bestandtheilen des interdicti sowohl, als auch actionis utilis de praescriptis verbis de precario, findet sich in der von Supplicaten erhobenen Klage auch nicht ein einziges. Denn wenn gleich die Supplicaten darin vorkommen lassen:

> es wäre *connivendo* so zugegeben und nicht gewehret worden, daß bis Maytag ihre und der Supplicanten Schaafe auf dieses Brachland gemeinschaftlich gegangen und darauf gehüthet worden;

so ist doch diese Behauptung zu dunkel, als daß daraus eine behauptete qualitas precaria compascui quaest. gefolgert werden könnte. Denn außer, daß die Redensart:

> es sey connivendo zugegeben worden,

keine Behauptung eines juris precarii enthält, bleibt es immer dunkel, ob diese Connivenz von dem Compascuo auf dem Brachlande überhaupt, oder nur von der Uebung desselben vom Tage Marien-Verkündigung bis zum Maytage prädiciret werde. Wäre es daher sonst auch rechtlich möglich, diese Klage für einen libellum actionis vel possessoriae vel petitoriae extraordinariae de precario anzunehmen; so würde das auffallende vitium libelli generalis et obscuri, darüber ein Enderkenntniß zu fällen, mithin die Klage aufrecht zu erhalten, unmöglich machen. Daß aber die Supplicaten selbst bei der Erhebung dieser Klage an kein Precarium gedacht haben, gehet ferner daraus hervor, daß die Supplicaten in ihrer Imploration anführen:

> sie hätten im Dorfe beschlossen, daß künftig die Vorweide der Schaafe nur bis Mariä

Verkündigung dauern solle, und mit dieser Einrichtung hätten Supplicanten *tacite* friedlich zu seyn geschienen, *ipso facto* aber hätten sie solchen Beschluß genehmiget, indem sie nach diesem Beschluß ihre Schaafe gehörig gehüthet und nicht gemeinschaftlich das Brachfeld behüthen lassen.

Denn diese Aeußerung ist mit der precairen Qualität dieser Einrichtung unverträglich.

L. 14. D. de precar.

Gründete sich das befragte Compascuum auf ein jus precarium et mutuae familiaritatis entweder in totum oder in tantum; so bedurfte es weder eines gemeinsamen Beschlusses der Dorfsprache, noch einer Einwilligung und Genehmigung desselben auf der Seite der Supplicanten. Es war zureichend, wenn die Supplicaten, als der eine bei diesem Compascuo interessirte Theil, die intendirte Aufhebung desselben, den Supplicanten, als dem andern dabei interessirten Theile, ankündigte. Wenn aber die Supplicaten ihr Klagerecht auf den zu Stande gekommenen Dorfbeschluß und die stillschweigende Genehmigung desselben von der Seite der Supplicanten gründen, sich darüber beschweren, daß die Supplicanten den von ihnen genehmigten Beschluß nicht befolget, und dieserhalb bitten, sie dazu anzuhalten; so ist es offenbar, daß die Supplicaten weder eine Negatorienklage, noch actionem extraordinariam de precario angestellet haben. Wenn die Supplicaten in ihrer Klage ferner anführen:

sie könnten ihre Feldmark gewöhnlich wegen des fehlenden Düngers nicht ganz bestellen, daher ließe jeder nach Beschaffenheit seines Vieh-

Viehſtapels 30, auch wohl 40 Hf. dreiſch und brache liegen, und es ſey in der Willkühr der Eigenthümer, ob er es beſtellen oder liegen laſſen wolle,

und Supplicanten dieſer Behauptung nicht widerſprechen; ſo ſcheinet es die Wirkung einer rei meraefacultatis zu ſeyn, daß alljährig in der Dorfflur Ottenſee ein Dreiſch- und Brachland vorhanden ſey, welches die Supplicanten mit ihren Schaafen bis Maytag gemeinſchaftlich behüthen könnten. Es möchte daher ſcheinen, daß, weil die Exiſtenz des alljährig vorhandenen Brachlandes ſo ganz von der Willkühr der Ottenſeer Flurintereſſenten abhienge, das befragte Compaſcuum der Supplicanten ihnen blos jure precarii um ſo mehr zuſtehe, je richtiger daraus die Supplicaten in ihrer Klage zu folgern wüßten:

daß jeder Eigenthümer, in deſſen Willkühr es geweſen, ob er ſein Land beſtellen oder liegen laſſen wollen, natürlich dieſes Brachland nach ſeinem Gefallen zu nutzen,

mithin die Supplicanten rechtlich zu verhindern befugt ſeyn müſſen, dieſes fremde willkührliche Brachland mit ihren Schaafen zu behüthen. Allein da die Supplicaten ſelbſt den Mangel des Düngers als die Urſach des Brachliegenlaſſens ihrer ſäebaren Felder benennen, und die Unmöglichkeit der öconomiſchen Beſtellung derſelben, mithin dieſes zu verſtehen geben, daß ſie ſolche ex neceſſitate cogente, und nicht in der Abſicht liegen laſſen, ſich dadurch ohne Verbindlichkeit um die Supplicanten und ihren Schaafſtand verdient machen zu wollen; ſo fällt das Kennzeichen eines Precarii ſofort weg. Magis

enim ad *donationes* et *beneficii* causam, quam ad negotii contracti spectat *precarii conditio*.

L. 14. D. de prec.

Anderntheils machen sich die Supplicaten einer fallaciae compositionis schuldig, und ihre Folgerung wird deshalb fehlerhaft. Denn ob es schon von der Willkühr der Supplicaten abhängt, ob sie ihre Saatfelder durchaus bestellen, oder dreisch liegen lassen wollen; es also ihrer freyen Willkühr überlassen ist, ob ein Brachfeld vorhanden sey, und welche Größe es habe; so ist doch die Benutzung dieses Brachlandes wegen des den Supplicanten daran unbezweifelt zustehenden juris compascui nicht mehr eine res merae facultatis und der freyen Willkühr der Supplicaten überlassen. Vielmehr sind sie durch das subsistirende Compascuum in der Benutzung ihrer Saatfelder, die sie freywillig, oder aus Mangel des Düngers genothdrungen, dreisch liegen lassen, bis Maytag eingeschränket. Endlich möchte es scheinen, daß Supplicaten actionem de stipulatu angestellet, und daß, weil die Supplicanten den Grund derselben in Abrede gestellet, den Supplicaten der Beweis desselben vorbehalten werden sollen. Denn die Kläger und Supplicaten führen in ihrer Klage ausdrücklich an:

> es wäre im Dorfe beschlossen worden, daß künftig die Vorweide der Schaafe nur bis Mariä Verkündigung dauern, alsdenn aber die Gemeinschaft gehoben, und jeder sein Dreischland in Zuschlag legen solle. Mit dieser Einrichtung hätten Supplicanten tacite friedlich zu seyn geschienen, ipso facto aber hätten sie solchen Beschluß genehmiget, indem sie nach diesem Beschluß ihre Schaafe gehörig

gehüthet, und nicht gemeinschaftlich das Brachfeld behüthen lassen;

und wenn diese Thatumstände in der Wahrheit bestehen, würde, wegen der zum Grunde liegenden Vereinbarung aller Weide-Interessenten, nicht zu zweifeln seyn, daß actio ex stipulatu gegründet sey; daher den Supplicaten der Beweis der dabei zum Grunde gelegten Thatsachen hätte auferlegt werden sollen, weil die Supplicanten dieser Behauptung widersprechen. Allein das Erkenntniß muß den Acten angemessen seyn, und der Richter muß darin weder über den Klagantrag hinausgehen, noch auf eine Klage erkennen, welche der Kläger nach seiner ausdrücklichen Aeußerung nicht angestellet haben will, und in Ansehung deren er kein Erkenntniß vom Richter verlangt. Das Erkenntniß des Richters in judicio actionis de stipulatu verbitten aber die Supplicaten eben so deutlich, als sie deutlich erklären, daß der Richter ihren Klagvortrag für keinen libellum actionis de stipulatu ansehen soll, wenn sie in ihrer Klage bitten:

mit Vorbehalt der aus der stillschweigenden und ex ipso facto geschehenen Genehmigung der Supplicanten mit dem Beschluß wegen des Dreischlandes fließenden Verbindlichkeit

die Supplicanten sachfällig zu erklären. Denn in diesen Worten äußern die Supplicaten offenbar ihr Verlangen, daß der Richter bei Beurtheilung der Rechtmäßigkeit ihrer Klage auf diese Vereinigung nicht Rücksicht nehmen solle, weil sie daraus ihren Klageanspruch nicht herleiten, wenigstens jetzt noch nicht herleiten wollen, und unverkennbar ist die Aeußerung, daß die Supplicaten nicht als solche

angesehen seyn wollen, welche auf den Grund dieses Beschlusses geklagt haben. Wollten die Supplicaten denn actionem de stipulatu nicht anstellen, so müßten alle auf diese Klage hinweisende in der Klageschrift mit angeführte Thatumstände als Anführungen angesehen werden, auf welche, bei der ausdrücklichen Verwahrung der Kläger, bei Beurtheilung der Klage keine Rücksicht genommen werden kann. Diese Verwahrung der Kläger macht diese angeführten Thatumstände, welche auf eine actionem de stipulatu zu deuten scheinen, unerheblich, und dem Richter es unmöglich, darüber Beweis zu eröffnen. Quae enim probata ad decisionem causae nil conferunt, eorum probationem judex exigere non debet.

Hellfeld jurispr. for. §. 1145. n. 3.

Vergeblich haben sich die Supplicaten in ihrer Replik zum Beweise erboten, daß der in der Klage angezogene Beschluß wirklich mit Zufriedenheit der Supplicanten zu Stande gekommen, und von diesen genehmiget worden sey. Denn hierin haben die Supplicaten eine vorhabende Veränderung ihrer Klage zu verstecken, und sich den Bedingungen zu entziehen gesucht, unter denen ihnen eine abgeänderte Klage anzubringen erlaubt war. Nur wenn sie ihre erste Klage fallen ließen, den beklagten Supplicanten die verursachten Kosten erstatteten, und die vorbehaltene actionem de stipulatu anstellesten, damit die Beklagten dagegen mit ihrer Vertheidigung vollständig gehöret werden konnten, war es dem Richter erst erlaubt, über die abgeänderte neue Klage zu erkennen.

Da nun gezeigtermaßen die Supplicanten den angeführten Beschluß der Gemeinde nicht bei ihrer

Klage

Klage zum Grunde gelegt haben; ſo bleibet nur das Anführen der Supplicaten,

daß die Dauer des Compaſcui des Brachlandes bis Maytag den Grundſätzen einer guten Ackeröconomie entgegen, die Supplicaten durch die bisherige Dauer deſſelben einen Verluſt und die Supplicanten einen Vortheil erlangten, und daher es der Vortheil der Supplicaten erfordere, daß die bisherige Dauer dieſes Compaſcui eingeſchränket, und bis Marien-Verkündigung verkürzet werde,

als dasjenige übrig, aus welchem in Verbindung mit dem darauf gebaueten Antrag, die Supplicanten für ſchuldig zu erkennen, ſich dieſe von den Supplicaten für nützlich befundenen Einſchränkung des den Supplicanten zuſtehenden und nicht bezweifelten juris Compaſcui gefallen zu laſſen, die Klage zu beurtheilen iſt, welche die Supplicaten wirklich angeſtellet haben. Dieſe kann daher keine andere, als eine ex aequitate naturali entſpringende actio in factum ſeyn.

L. 21. C. de SS. Eccleſ.

Allein dieſe Klage iſt in dem vorliegenden Falle in den Rechten nicht gegründet. Denn wenn gleich die Rechte den Ackerbau ſehr begünſtigen; ſo wollen ſie doch nicht, daß ſolches auf Koſten der Gerechtigkeit geſchehe. Und eine Klage, welche die Geſetze lediglich zur Unterſtützung der von den Menſchen verkannten natürlichen Billigkeit billigen, kann in den Fällen nicht ſtatthaft ſeyn, in welchen eben dadurch dem Andern ſeine wohl erworbene Rechte wider ſeinen Willen entzogen würden. Anderntheils kann dieſe Klage nur contra locupletiorem factum ex injuria tertii ex damno actoris angeſtellet, nicht

aber sofort und so oft gegen denjenigen erhoben werden, der einen rechtmäßigen Vortheil genießt, welcher die Folge der ordnungsmäßigen Uebung eines wohl erworbenen Rechts ist, wodurch der andere gehindert wird, einen Nutzen zu ziehen, den er sonst wohl zu beziehen würde befugt gewesen seyn. Angenommen also, daß die Supplicaten ihr Brachland würden besser nutzen, und davon einen größern Vortheil beziehen können, wenn die bisherige Dauer des Compascui bis Marienverkündigung verkürzet würde, und daß sie den Nutzungsvortheil entbehren müssen, welcher den Supplicanten dadurch zuwächst, daß sie dieses Compascuum nach bisheriger Observanz von Marienverkündigung bis Maytag üben; so ist es doch ausgemachten Rechtens, quod nullus videatur dolo facere, qui suo jure utitur, et

L. 55. D. de R. J.

nemo damnum faciat, nisi qui fecit id, quod facere jus non habet.

L. 151. D. eod.

Gegen Supplicanten findet daher als factos damno supplicatorum locupletiores die erhobene actio nicht statt. Wenn also die erhobene Klage in den Erkenntnissen vom 24 Aug. 1791. und vom 1 Oct. 1792. verworfen ward; so konnten diese Erkenntnisse in dem Urtheile vom 4 Jun. 1794. weder überhaupt, noch in der Art, als geschehen ist, geändert werden. Denn einestheils konnte die angestellte actio in factum nicht angebrachter maßen verworfen werden. Diese Klage nemlich ist so wenig als die Negatorienklage, oder die actio de precario, oder de stipulatu angestellet worden. So ist auch nicht bloß in den Formalien der erhobenen actionis in factum gefehlet,

let, ſondern ſie muß darum verworfen werden, weil ſie gegen die Supplicanten in den Rechten nicht gegründet iſt. Und ſollte anderntheils dadurch nur angezeiget werden, daß, wenn die Supplicaten noch aus einem andern Grunde ein Zwangsrecht gegen die Supplicanten etwa haben, und es gerathen finden möchten, ſolches rechtlich auszuführen, dieſes ihnen unbenommen ſey: ſo war dieſes zum Erkenntniſſe nicht ausgeſtellt, machte keinen Theil des Status controverſiae aus, und konnte darüber um ſo weniger erkannt werden, je bekannter der Umfang der exceptionis rei judicatae iſt. Eben darum konnte drittentheils über den unſtreitigen Beſitzſtand ſo wenig als in ſummariiſſimo erkannt werden. Freylich iſt landesverfaſſungsmäßig die Sache in proceſſus ordine ſummario in der erſten Inſtanz verhandelt worden. Aber die Supplicaten haben, wie das der Klageantrag augenſcheinlich lehrt, keine poſſeſſoriſche, ſondern eine wirkliche petitoriſche Klage angeſtellet. Die Supplicanten waren alſo berechtiget, in petitorio ein Erkenntniß zu erwarten.

XLIV.

Gegen eine auf ordnungsmäßig ergangene nothwendige Subhastation erfolgte gerichtliche Adjudication findet Remedium L. 2. C. de resc. E. V. nicht statt. Es kann auch der Kläger nicht einmal zum Beweise seiner vorgeschützten Verletzung unter der Hälfte zugelassen werden, wenn er sich gleich dazu erboten hätte.

An die Regierung zu Hildburghausen.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, derselben Fortsetzung, dagegen vorgeschützte Ausflüchte und ferneres rechtliches Einbringen, in Sachen Johann Georgen und Johann Elias, Gebrüder Schmidt, zu Schwarzenbrunn, Kläger, nun Leuteranten, an einem, wider Georgen Friedrich Zetzmann, ebendaselbst, Beklagten, nun Leuteraten, am andern Theile, zugesendet ꝛc.

Daß es, der eingewandten Leuterung ungeachtet, bei dem am 10ten April 1794. ertheilten Rejectionsdecrete verbleibe. V. R. W.

Gründe.

An sich leidet es keinen Zweifel, daß auch gegen einen öffentlichen gerichtlichen nothwendigen Verkauf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt habe. Denn, so sehr auch dem gemeinen Wesen an der Aufrechterhaltung der öffentlichen gerichtlichen nothwendigen Subhastationen gelegen ist, und so sehr auch davon die Sicherung des Privateigenthums der Bürger abhängt; so kann doch dieser

ser fides hastae nicht größer und stärker seyn, als die Rechtskraft ist, welche ein den Gesetzen gemäßer richterlicher Ausspruch erlangt hat. Aber deshalb folget nicht, daß eine jede sonst zur Erlangung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zureichende Ursach auch eine Rescission einer öffentlichen nothwendigen Subhastation und erfolgten richterlichen Adjudication begründen könne. Wenn demnach gleich der Gegenstand, den die Leuteranten zu rescindiren verlangen, allerdings eine Rescission zuläßt; so kommt es doch bei der Beurtheilung der Zulässigkeit der von den Leuteranten erhobenen Klage vorzüglich darauf an, ob die dabei zum Grunde gelegten Ursachen solche bewirken können. Bei dieser Prüfung kömmt es nicht auf Meinungen und auf die Anzahl oder das Ansehen der sie vertheidigenden Rechtslehrer, sondern lediglich auf die Gründe an, und ob solche mit den Gesetzen übereinkommen. Diesen Grundsätzen gemäß ist die Klage der Leuteranten nicht gegründet, wenn sie gleich

1) gewußt haben, ihre Klage aus einer vorgeblichen Verletzung unter der Hälfte, und den Grundsatz, daß auch eine nothwendige Subhastation deshalb rescindiret werden könne, durch den Beifall zu coloriren, welchen dieser Meinung verschiedene Rechtslehrer gegeben haben.

Car. Frid. Walch in introd. in controv. jur. civ. Sect. 3. cap. 4. membr. 4. subsect. 2. §. 20. pag. 608. Edit. de 1791.

Allein diese Meinung ist dem Geiste der gemeinen Rechte nicht angemessen, und kann bei Ermangelung besonderer Landesgesetze bei rechtlichen Entscheidungen nicht befolget werden. So lange die Gesetze selbst keinen gewissen Kaufschilling bestimmt, und ein pretium legale vorgeschrieben haben, bleibt es der Willkühr der beiden, mit einem freyen Gebahrungs-

rungs-Rechte über ihr Vermögen begabten Contrahenten unbenommen, den Kaufschilling so niedrig oder hoch zu bestimmen, als sie wollen, und es ist Grundregel des Kaufvertrages, daß er, als ein contractus bonae fidei et juris gentium, aus dem Grunde einer eintretenden Disproportion des wirklichen, doch im wahren Ernste beliebten Kaufgeldes mit dem Werthe der verkauften Waare nicht angefochten und rescindiret werden könne.

L. 22. §. 3. D. Loc. cond.
L. 16. §. 4. D. de minor.

Eine Ausnahme von dieser Regel stellet die bekannte

L. 2. C. de rescind. E. V.

auf. Durch diese Ausnahme bekam zwar allerdings oben bemerkte Grundregel, wie die Licentia contrahentium non reprobata in legibus naturalis se circumveniendi in pretio emtionis et venditionis eine genauere Richtung und Beschränkung; aber der Grundsatz selbst ward dadurch so wenig, als die Regel selbst, aufgehoben. Da kann nur die Ausnahme von der Regel eine Anwendbarkeit haben, wo die Regel selbst stattfinden kann; indem die Ausnahme nie von der Regel getrennet werden kann. Die Verletzung unter oder über der Hälfte, und die darauf sich gründende Befugniß, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verlangen, kann daher nur bei solchen Veräußerungen stattfinden, bei denen es nicht darauf ankommt, daß die Sache um den möglichst höchsten Werth veräußert werde, bei denen die Gesetze den Contrahenten in Ansehung der Bestimmung des Werths den freyen Genuß ihrer Willkühr und die Licentiam se in pretio emtionis venditionis circumveniendi gelassen haben. Wenn also gleich das bei diesem ersten Klagegrunde angeführte Gesetz

L. 2. C. de rescind. E. V.

aus-

ausdrücklich keinen Unterschied zwischen einer nothwendigen Subhastation und einem freywillführlichen Handverkauf, den zwey die freye und uneingeschränkte Verwaltung ihres Vermögens habende Personen geschlossen haben, macht; so war die ausdrückliche Bemerkung, daß dieses Gesetz bei nothwendigen Subhastationen keine Anwendung finde, um so überflüssiger, als es in der Verbindung dieses bestimmenden und einschränkenden Gesetzes mit demjenigen, welches dadurch seine nähere Bestimmung und Einschränkung erhält, liegt, daß wider nothwendige Subhastationen die L. 2. C. de Resc. E. V. nicht angezogen werden könne. Bei Veräußerungen, zu deren Rechtsbeständigkeit erforderlich ist, daß die zu veräußernde Sache auf dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Wege zum möglichsthöchsten Preiße veräußert werden soll, und wobei dem emtori omnis omnino licentia venditorem in pretio emtionis circumveniendi et circumscribendi schlechterdings untersagt und benommen worden ist, dergleichen jede venditio necessaria, et judiciati exequendi causa facta ist,

L. 10. §. 1. in fin. C. de bon. auct. jud.
L. 2. 3. C. si in causs. judic.

kann unmöglich ein Gesetz in Anwendung kommen, welches einen Unterschied zwischen einer erlaubten und unerlaubten Uebervortheilung macht, und Veräußerungen voraussetzt, deren Rechtsbeständigkeit nicht erfordert, daß die Sache um den möglichsthöchsten Preiß, der auf dem vorgeschriebenen Wege zu erreichen war, verkaufet werden müßte. Zu der letztern Art der Veräußerungen gehören offenbar alle Subhastationen, welche das Anrufen der auf ihre Befriedigung dringenden Gläubiger nothwendig macht. Die Rechtsbeständigkeit der geschehenen Subhastation aber, welche Leuteranten jetzt zu rescindiren

bitten,

bitten, verkennen sie selbst nicht. Sie setzen solche selbst schon dadurch außer Zweifel, daß sie ein Rechtsmittel erwählet haben, das seiner Natur nach ein gültiger Weise zu Stande gekommenes Geschäfft voraussetzet. Konnte nun die von Leuteranten erwählte Klage nicht gegen den Leuteraten angestellet werden; so kann über den geläugneten Klagegrund selbst kein unerheblicher Beweis eröffnet werden, ob sich gleich Leuteranten dazu erboten haben. Denn auf diesen von den Leuteranten erbotenen Beweis, daß das vom Leuteraten gethane und prästirte höchste Subhastationsgebot, um welches ihm das Schmidtische Wohnhaus und Ländereyen gerichtlich zugeschlagen worden, eine laesionem enormem in pretio enthalte, kann keine Rücksicht genommen werden, da die Gesetze es dem Richter verbieten, durch Eröffnung eines unerheblichen Beweises sein Amt zur Verlängerung eines Rechtsstreits mißbrauchen zu lassen. So läßt sich endlich auch nicht absehen, wie Leuteranten den erbotenen Beweis führen wollten. Bei nothwendigen Subhastationen und den darauf erfolgten richterlichen Adjudicationen ist eben das Gebot, wofür die Sache ist adjudiciret worden, darum der höchste zu erlangende Preiß, weil niemand ein mehreres geben wollen. Eben so wenig können Leuteranten, angenommen, daß es ihnen erlaubt sey, noch im Leuterungsverfahren ihre Klage zu ändern, gegen die gerichtliche Adjudication

2) ex capite minorennitatis eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen ꝛc. *).

*) Da die Ausführung dieses und der andern Puncte für den Leser kein Interesse haben kann; so bleibt sie hier billig weg.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

XXX (5 Bde) I.89

VI.90

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Klein, Ernst Ferdinand, 1743-1810

Merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät

Bd.: 1

Berlin ; Stettin (1796)

Decis. 66-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396966-4
VD18 80254055